



Mestrado em Direito Administrativo - Vertente Energia

Aplicação no tempo das medidas restritivas impostas pelo novo enquadramento legal da remuneração da produção de energia eléctrica em regime especial: tutela dos interesses dos consumidores e dos titulares de Pequenas Centrais Hídricas

Orientador: Dr. Rui de Oliveira Neves

Martim Vaz da Silva

Lisboa, 2 de Setembro de 2013



Mestrado em Direito Administrativo - Vertente Energia

Aplicação no tempo das medidas restritivas impostas pelo novo enquadramento legal da remuneração da produção de energia eléctrica em regime especial: tutela dos interesses dos consumidores e dos titulares de Pequenas Centrais Hídricas

Orientador: Dr. Rui de Oliveira Neves

Martim Vaz da Silva

Lisboa, 2 de Setembro de 2013

Agradecimentos

Ao Dr. Rui de Oliveira Neves, acima de tudo pelos hábitos de trabalho que me transmitiu e pela abertura manifestada na discussão de dúvidas e problemas, sempre com um espírito pedagógico e num tom de amizade.

Ao Dr. Miguel Nogueira de Brito, que me ajudou a navegar por entre os meandros da teoria até às luzes do Direito Constitucional.

À minha família e amigos, sem os quais a vida, e tudo o que ela encerra, não seria Vida.

Índice

I.	Introdução	6
II.	A importância e o fomento das energias renováveis, em especial a energia hidroelétrica: percurso evolutivo	7
III.	As sucessivas revisões tarifárias: do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio, ao Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro	13
IV.	As medidas adoptadas pelo DL n.º 35/2013, de 28 de Fevereiro, e as pequenas centrais hídricas	18
V.	O interesse público subjacente às medidas adoptadas pelo DL 35/2013, de 28 de Fevereiro: crise económica, défice tarifário e protecção dos consumidores.....	20
VI.	Propriedade privada e colisão de direitos	27
VII.	A protecção da confiança dos titulares das PCH e a (des)proporcionalidade das medidas impostas pelo Decreto-Lei n.º 35/2013, de 28 de Fevereiro	41
VIII.	Considerações finais	54
ANEXOS	59

I. Introdução¹

A presente dissertação tem como objecto o estudo da temática da sucessão de leis no tempo e da restrição de direitos por via normativa, orientada para uma análise de uma situação da vida real, que consiste na alteração das condições remuneratórias aplicáveis a certas tecnologias de produção de energia eléctrica através de fontes de energia renováveis (FER), concretizada por via de um acto legislativo cuja entrada em vigor se verificou no início de 2013, o Decreto-Lei n.º 35/2013, de 28 de Fevereiro.

A análise crítica que nos propomos realizar focar-se-á exclusivamente no caso das pequenas centrais hídricas, uma tecnologia de produção de energia eléctrica com uma potência instalada relativamente reduzida (até 10 MVA), que utiliza como fonte de energia primária os recursos hídricos nacionais. A escolha do caso das pequenas centrais hídricas como objecto da presente reflexão prende-se com o facto de ter sido esta a tecnologia de produção que assistiu a uma alteração mais "radical" das condições remuneratórias que lhe eram inicialmente aplicáveis.

Como ponto de partida, será feita uma breve passagem pela história e evolução do enquadramento legal da produção de energia eléctrica, com especial atenção para a produção através de fontes de energia renováveis e a sua implementação no âmbito do sistema eléctrico nacional (SEN), após o que passaremos a uma exposição sistemática das sucessivas revisões tarifárias da produção de energia eléctrica através de FER.

Seguidamente, serão analisadas as medidas adoptadas pelo DL n.º 35/2013 e as suas consequências para as pequenas centrais hídricas, bem como serão identificados os fundamentos de interesse público subjacentes às disposições que as implementam, sendo feita uma exposição do actual contexto de crise económica, da situação deficitária do SEN e da necessidade de protecção dos interesses económicos dos consumidores no que respeita à factura dos clientes finais do serviço público essencial de fornecimento de energia eléctrica.

Os capítulos finais desta dissertação serão dedicados ao estudo da tutela constitucional do direito de propriedade e da dogmática que envolve o tema da colisão de direitos, passando depois ao estudo do princípio da protecção da confiança, que terminará com uma ponderação da proporcionalidade das medidas adoptadas pelo DL n.º 35/2013.

¹ N.E. Por opção do Autor, este texto foi escrito segundo a ortografia anterior ao novo Acordo Ortográfico.

II. A importância e o fomento das energias renováveis, em especial a energia hidroelétrica: excuroso evolutivo

A organização e o funcionamento do sector eléctrico em Portugal sofreram profundas transformações desde a segunda metade do século XX até aos dias de hoje.

Até 1975, as actividades de produção, transporte e distribuição de electricidade eram desenvolvidas por empresas concessionárias privadas – muito embora frequentemente participadas pelo Estado – com as quais eram celebrados contratos de concessão para as actividades de produção hidroelétrica, produção termoelétrica, transporte de energia eléctrica e grande distribuição de energia eléctrica².

Chegada a revolução de 25 de Abril de 1974 e instalado o Movimento Nacional das Forças Armadas, tiveram lugar os grandes processos de nacionalização de vários sectores estratégicos da economia, entre os quais, o sector eléctrico, “*cujo correcto funcionamento*” era considerado “*essencial ao progresso económico do País e ao bem-estar da sua população*”³. A grande maioria das empresas que integravam o sector eléctrico português foi nacionalizada através da publicação do DL n.º 205-G/75, de 16 de Abril, sendo este o primeiro passo para a tomada de controlo do sector eléctrico por parte do Estado.

Em 1976, com a entrada em vigor do DL n.º 502/76, de 30 de Junho, foi criada a Electricidade de Portugal (EDP) – Empresa Pública, pessoa colectiva de direito público dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial que veio incorporar o património das empresas nacionalizadas (referidas no artigo 1.º, n.º 1 do DL n.º 205-G/75) e cuja missão era estabelecer e explorar, em regime de exclusivo, o serviço público de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica em Portugal continental. Um ano mais tarde, a produção, transporte e distribuição de energia eléctrica para o consumo público passaram a estar incluídas no elenco de actividades económicas cujo acesso estava vedado à iniciativa privada, através da Lei de Delimitação de Sectores⁴.

Sendo caracterizado por uma forte presença do petróleo e dos seus derivados como principal fonte de energia primária utilizada na produção de electricidade, o sistema eléctrico nacional sofreu directamente os impactos da crise petrolífera de 1981, despoletada pela guerra travada entre o Irão e o Iraque. Neste contexto, o DL n.º 20/81, de 28 de Janeiro, com o

² Cf. Artigo 5.º do DL n.º 43 335, de 19 de Novembro de 1960.

³ 3.º parágrafo do preâmbulo do DL n.º 205-G/75, de 16 de Abril.

⁴ Cf. Lei n.º 46/77, de 8 de Julho, artigo 4.º, alínea a).

objectivo de reduzir a dependência energética de Portugal e de modo a melhorar o aproveitamento dos “*subprodutos e desperdícios energéticos eventualmente existentes, valorizar os recursos energéticos nacionais e racionalizar a utilização de equipamentos já instalados*”⁵, veio permitir que os autoprodutores de electricidade (até então, apenas autorizados a produzir electricidade, de forma acessória, para autoconsumo), procedessem à venda da energia eléctrica excedentária, através da sua injeção na rede eléctrica nacional.

Mais tarde, o DL n.º 149/86, de 18 de Junho, veio alterar o DL n.º 20/81, alargando o conceito de autoprodutor de electricidade às pessoas colectivas ou singulares que explorassem instalações de produção de energia eléctrica, permitindo assim o acesso à autoprodução pelas entidades que se dedicassem, exclusivamente, à produção de energia eléctrica, nas condições previstas no DL n.º 20/81.

Em 1988, o acesso às actividades de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica em Portugal continental viria a ser novamente aberto à iniciativa privada, primeiro através do DL n.º 189/88, de 27 de Maio⁶, e posteriormente através do DL n.º 449/88, de 10 de Dezembro, que removeu definitivamente estas actividades do conjunto de actividades económicas cujo acesso estava vedado à iniciativa privada.

Tendo em vista a viabilização económica de pequenas unidades produtoras e a criação de condições atractivas para o sector privado no quadro da pequena produção de energia eléctrica, permitindo assim que ao Estado e ao sector público empresarial se associassem iniciativas das autarquias locais e de entidades privadas, o DL n.º 189/88, veio criar um regime especial para a produção de energia eléctrica, “(...) *exercida por pessoas singulares ou colectivas, de direito público ou privado, independentemente da forma jurídica que assumam (...)*”⁷, desde que o estabelecimento industrial de produção de energia não ultrapassasse a potência aparente instalada de 10 000 kVA e fossem utilizados recursos renováveis, entre outras fontes de energia mencionadas no diploma citado. A energia produzida nos termos definidos no DL n.º 189/88 seria remunerada de acordo com uma tarifa de venda, calculada segundo o disposto no artigo 22.º deste diploma.

Apesar da actividade desenvolvida pela EDP, E.P. desde a sua criação até 1991, esta empresa não logrou responder “*com celeridade e eficácia à consecução de um sector eléctrico eficiente*”⁸. Por esta razão, o DL n.º 7/91, de 8 de Janeiro, veio alterar a sua natureza jurídica,

⁵ Cf. Preâmbulo do DL n.º 20/81, de 28 de Janeiro.

⁶ Com a entrada em vigor deste diploma foram revogados o DL n.º 20/81, de 28 de Janeiro, e a Lei n.º 21/82, de 28 de Julho.

⁷ Artigo 1.º, n.º 1 do DL n.º 189/88.

⁸ Cf. Preâmbulo do DL n.º 7/91.

transformando-a numa pessoa colectiva de direito privado com o estatuto de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos. Com a alteração da natureza jurídica da EDP pretendeu-se dotar esta empresa da flexibilidade operacional necessária, possibilitando a organização do seu capital e da sua actividade da forma mais eficiente em termos económicos. Apesar de se manter no domínio estatal, através do referido diploma, e mais tarde, do DL n.º 131/94, de 19 de Maio, tornou-se possível uma reorganização da sua actividade mediante a criação de empresas dedicadas a cada uma das actividades da cadeia de negócio do sector eléctrico (produção, transporte e distribuição de energia eléctrica).

Em 1995 o sistema eléctrico nacional ("SEN") foi alvo de uma significativa alteração⁹ quanto à sua organização e funcionamento, destinada a permitir a sua abertura a um regime de mercado, que, no plano da produção de energia eléctrica, foi marcada pela passagem para um regime de exploração dualista, baseado em licenças de produção, concessões de direitos de utilização do domínio hídrico, e apenas no caso do Sistema Eléctrico de Serviço Público, contratos de vinculação, conforme dispunha o DL n.º 183/95, de 27 de Julho.

Após esta alteração a produção de energia eléctrica no âmbito do SEN passou a estar dividida em dois sistemas, o Sistema Eléctrico de Serviço Público, no qual se inseriam os produtores vinculados ao fornecimento de energia eléctrica em regime de serviço público, e o Sistema Eléctrico Independente, organizado segundo uma lógica de mercado, que abrangia os produtores de energia eléctrica não vinculados (integrados no Sistema Eléctrico Não Vinculado), os produtores de energia eléctrica titulares de aproveitamentos hidroeléctricos até 10 MVA de potência aparente instalada, a produção de energia eléctrica a partir de energias renováveis (com excepção da energia hídrica) e a produção de energia eléctrica em instalações de cogeração.¹⁰

À luz das alterações introduzidas pelos DL n.ºs 182/95 e 183/95, o DL n.º 313/95, de 24 de Novembro, veio alterar o DL n.º 189/88, procurando adaptá-lo ao novo modelo de organização e funcionamento do sector através da consagração do *“regime jurídico da actividade de produção de energia eléctrica em aproveitamentos hidroeléctricos até 10 MVA de potência aparente instalada, bem como o da produção de energia eléctrica a partir de energias renováveis (com excepção da energia hidráulica)”*, reforçando-se deste modo *“a importância conferida à política de valorização dos recursos energéticos nacionais”*¹¹.

⁹ Introduzida pelos DL n.º 182/95 a 188/95, todos de 27 de Julho.

¹⁰ Cf. artigo 3.º, n.º 1 do DL n.º 182/95

¹¹ Cf. Preâmbulo do DL n.º 313/95.

Desde o final dos anos 80, sob a égide do combate às alterações climáticas e da redução de uma acentuada dependência energética¹², Portugal tem vindo a privilegiar a introdução das energias renováveis no *mix* da capacidade de produção de energia eléctrica, e deste então até ao começo da actual crise económica, estas beneficiaram de importantes estímulos económicos e legislativos, concretizados através de políticas energéticas *verdes* que tiveram o seu auge no começo deste novo século XXI.

Em 2001 o Governo aprovou o programa E4 – Eficiência Energética e Energias Endógenas¹³, "*programa necessário e urgente para Portugal, dado o domínio do petróleo nas fontes primárias da energia, a elevada factura energética externa e as restrições ambientais agravados pelos usos ineficientes da energia de origem fóssil.*"¹⁴

Um dos objectivos plasmados pelo programa era "[f]acilitar o acesso e o desenvolvimento da produção de electricidade por vias progressivamente mais limpas e renováveis. (...)"¹⁵, propondo como medida de concretização a "[v]alorização do Sistema Eléctrico Independente pelo aumento da remuneração da electricidade com origem em energias renováveis, diferenciada por tecnologia e regime de produção de centros electroprodutores"¹⁶ (destaque nosso).

Em linha com as intenções e as medidas propugnadas pelo programa E4, o DL n.º 339-C/2001, de 29 de Dezembro, modificou os anexos I e II do DL n.º 189/88, introduzindo as alterações necessárias nas fórmulas de cálculo das tarifas aplicáveis às várias tecnologias de produção de modo a concretizar uma necessária diferenciação da remuneração aplicável a cada tipo de tecnologia e aos respectivos regimes de exploração.¹⁷

Além das referidas novidades, a principal alteração implementada por este diploma consistiu na eliminação de um prazo de 144 meses durante o qual o produtor beneficiaria do regime remuneratório que lhe era aplicável, concluindo o legislador que "o contributo ambiental das instalações abrangidas pela legislação em presença **é permanente, não sendo, pois, apropriado estabelecer-se, como até agora, uma qualquer limitação temporal.**"¹⁸ (destaque nosso). Feitas estas alterações, estavam finalmente consumados (embora não por

¹² Nos anos 90 Portugal importou mais de 80% da energia primária que consumiu e foi, a seguir ao Luxemburgo, que dependia do exterior em quase 100%, o país da União Europeia com maior dependência energética externa. (cf. *Energia Portugal 2001*, pág. 15, editado pela Direcção Geral de Energia, 2002).

¹³ Aprovado pela RCM n.º 154/2001, de 19 de Outubro.

¹⁴ EDUARDO DE OLIVEIRA FERNANDES, Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Economia, *Energia Portugal 2001*, editado pela Direcção Geral de Energia, 2002.

¹⁵ Cf. RCM n.º 154/2001, de 19 de Outubro.

¹⁶ Cf. RCM n.º 154/2001, de 19 de Outubro.

¹⁷ Cf. Preâmbulo do DL n.º 339-C/2001.

¹⁸ Cf. Preâmbulo do DL n.º 339-C/2001.

muito tempo) os regimes remuneratórios que viriam conferir um extraordinário impulso à implementação das FER em Portugal.

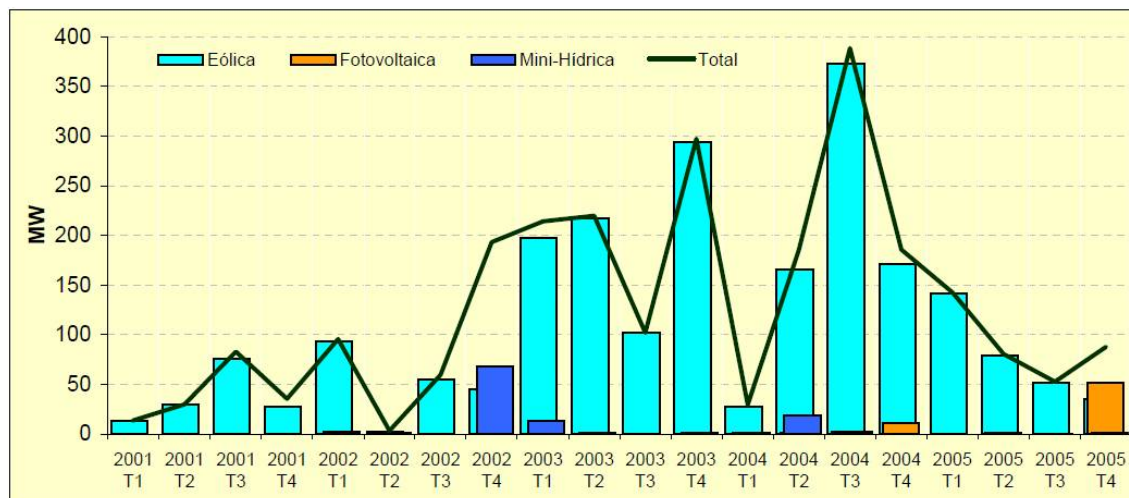


Fig. 1 - Evolução da potência licenciada entre 2001 e 2005
Fonte: ERSE - Renováveis estatísticas rápidas Dezembro 2005

Conforme se pode constatar pela análise do gráfico *supra*, entre 2001 e 2005 a potência licenciada assistiu a um crescimento exponencial, especialmente no que respeita à capacidade de produção que utiliza energia eólica e hídrica (através de pequenas centrais hídricas)¹⁹.

	MW									
	Até 2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	abr. 2013	Total
Grande Hídrica (> 10MW)	4 513.0		240.3	618.9		820.6	874.7			7 067
Hídrica (PCH <= 10MW)	387.9	16.3	42.8	4.0	6.2	21.9	0.5			480
Eólica	2 508.4	563.9	219.1	410.1	465.9	293.6	11.7	114.0		4 587
Biomassa (c/cogeração)	377.6		74.0	65.1	2.6	2.0				521
Biomassa (s/cogeração)	17.4	21.4	60.9	65.8	9.4	14.8	9.5	8.5		208
Resíduos Sólidos Urbanos	79.4									79
Biogás	22.5	4.5	8.1	6.6	14.4	31.8	1.4			89
Fotovoltaica	63.2	16.3	23.9	1.4	4.8		30.3	86.7	2.0	229
Ondas/Marés	0.0						3.0			3
Total	7 969.4	622.4	669.1	1 171.9	503.3	1 184.7	931.1	209.2	2.0	13 263

Fig. 2 - Potência licenciada (desde a atribuição do ponto de recepção)
Fonte: ERSE - Renováveis estatísticas rápidas Abril 2013

Analisando a figura 2 apresentada constata-se que a grande maioria da potência correspondente a pequenas centrais hídricas foi licenciada até ao ano de 2005 (387.9 de um total de 480 MW), tendo, desde 2005 até 2013, sido licenciados apenas 100 MW.

¹⁹ Esclarece-se, desde já, que as grandes barragens não se incluem no âmbito da produção em regime especial (PRE), pelo que quando aqui fizermos referência à energia hídrica trata-se somente do seu aproveitamento através de pequenas centrais hídricas.

Entre 2005 e 2013 a potência licenciada global registou um crescimento acentuado, tendo sido licenciados 5293,6 MW em capacidade de produção proveniente de FER.

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	abr 2013*	TCMA
Hídrica Total	4 752	4 784	4 787	4 792	4 821	4 837	5 261	5 286	5 540	1.5%
Grande Hídrica (>30MW)	4 234	4 234	4 234	4 234	4 234	4 234	4 650	4 662	4 916	1.4%
PCH (>10 e <=30 MW)	232	263	263	263	263	263	261	265	265	1.9%
PCH (<= 10 MW)	286	287	290	295	324	340	350	359	359	3.3%
Eólica	1 047	1 681	2 446	3 037	3 519	3 863	4 301	4 450	4 460	23.0%
offshore							2.0	2.0	2.0	
microprodução							0.6	0.6	0.6	
Biomassa (c/ cogeração)	357	357	357	357	359	360	367	367	359	0.4%
Biomassa (s/ cogeração)	12	24	24	24	101	106	105	105	113	36.3%
Resíduos Sólidos Urbanos	88	88	88	88	88	88	88	88	88	0.1%
Biogás	8.2	8.2	12.4	12.4	20.0	28.0	43.3	61.1	61.1	33.2%
Fotovoltaica	2.9	3.4	14.5	58.5	104.1	122.9	157.7	225.5	226.6	86.3%
microprodução							62.8	99.8	100.5	
Ondas									0.3	
Total	6 267	6 945	7 729	8 369	9 011	9 405	10 322	10 583	10 848	7.8%

TCMA - Taxa de Crescimento Médio Anual

Fig. 3 - Evolução histórica da potência total instalada (MW) em Portugal Continental²⁰

Fonte: ERSE - Renováveis estatísticas rápidas Abril 2013

No final de Abril de 2013, Portugal Continental tinha 10 848 MW de capacidade instalada para produção de energia eléctrica a partir de FER. Desde 2005 até hoje, a média da Taxa de Crescimento Médio Anual (TCMA) da capacidade instalada de tecnologias de produção que utilizam FER é de 7,8%, como evidencia a figura 3.

A capacidade instalada de produção fotovoltaica é aquela que tem registado maior crescimento anual, com uma surpreendente TCMA de 86,3 %. A capacidade instalada de produção eólica regista uma TCMA de 23 %, o que se justifica pela maior maturidade tecnológica e de mercado, e a capacidade instalada relativa à produção hídrica regista uma TCMA de 3,3 %, em resultado do elevado aproveitamento do potencial hídrico para produção eléctrica que se atingiu já em Portugal.

Em suma, na sequência do percurso histórico realizado, em 1988 a actividade de produção de energia eléctrica passou a estar aberta à iniciativa privada, e desse ano em diante veio sendo criado um enquadramento legal capaz de atrair o interesse privado, com recurso a mecanismos legais de protecção e estímulo económico ao investimento, e assim fomentar o crescimento exponencial do aproveitamento dos recursos endógenos e / ou renováveis. Desta breve análise da evolução das energias renováveis em Portugal conclui-se que, no que respeita às pequenas centrais hídricas, o seu período de maior crescimento verificou-se entre o fim dos anos oitenta e meados da primeira década deste século, em consonância com o período

²⁰ A potência instalada é provisória para os anos de 2011, 2012 e 2013.

durante o qual vigoravam as condições remuneratórias mais vantajosas, tuteladas pelo regime legal aplicável.

III. As sucessivas revisões tarifárias: do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio, ao Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro

Previamente à exposição das alterações introduzidas pelo DL n.º 35/2013, entende-se ser esta a sede apropriada para efectuar a análise das sucessivas revisões tarifárias que incidiram sobre as condições remuneratórias aplicáveis à produção de energia eléctrica através de recursos renováveis.

Como já foi dito, o DL n.º 189/88 operou a conjugação num só diploma de todo o quadro legal referente à actividade de produção de energia eléctrica em pequena escala, introduzindo a figura do "pequeno produtor/produtor em regime especial (pessoa singular ou colectiva, pública ou privada) como o produtor de energia eléctrica a partir de fontes renováveis (a par da produção através de outras fontes, como combustíveis nacionais ou co-geração) desde que o estabelecimento industrial de produção, no seu conjunto, não ultrapasse a potência aparente instalada de 10.000 kVA (artigo 1.º/1)"²¹. Além de abrir a actividade da pequena produção de energia eléctrica à iniciativa privada, este diploma introduziu na fórmula de cálculo da remuneração da energia eléctrica uma parcela ambiental, cujo propósito era reflectir na remuneração das FER a sua mais valia para o meio ambiente, o que conduziu à fixação de tarifas mais favoráveis para as energias renováveis.

Mais tarde, o DL n.º 168/99, de 18 de Maio, veio alterar o DL n.º 189/88, concretizando uma *revisão estrutural* do quadro legislativo aplicável à produção de energia eléctrica a partir de fontes de energia renováveis. O DL n.º 168/99 alterou a redacção do artigo 22.º do DL n.º 189/88, passando a prever no seu **n.º 1** que “[o]s produtores de energia eléctrica abrangidos no âmbito do presente diploma **gozam de uma obrigação de compra, pela rede pública, da energia produzida durante o prazo de vigência das licenças** previstas no presente diploma”. As tarifas aplicáveis à venda de energia eléctrica dos produtores referidos neste artigo passaram a ser calculadas com base no anexo II do DL n.º 189/88 (em diante abreviadamente designado "**Anexo II**")²². O Anexo II previa, nos números 1 a 18, a fórmula de remuneração aplicável às instalações licenciadas ao abrigo do DL n.º 189/88, durante os

²¹ CARLA AMADO GOMES, *O regime jurídico da produção de electricidade*, Cadernos O Direito - Temas de Direito da Energia, Edições Almedina, S.A.

²² Cf. artigo 1.º do DL n.º 168/99.

primeiros 144 meses de exploração. Após este período “e até ao fim do **período de vigência do licenciamento concedido**”²³, a energia eléctrica produzida pelas instalações licenciadas ao abrigo do DL n.º 189/88 seria remunerada com base nas tarifas resultantes da aplicação da fórmula prevista no n.º 19 do Anexo II.

Posteriormente, o DL n.º 339-C/2001 veio alterar os anexos I e II do DL n.º 189/88, introduzindo “*alterações indispensáveis ao estabelecimento de uma remuneração diferenciada por tecnologia e regime de exploração (...)*”, conforme indicado no respectivo preâmbulo. Deste modo, além de introduzir diferentes variáveis para o cálculo das tarifas aplicáveis às diferentes tecnologias de produção, este diploma eliminou o prazo de 144 meses anteriormente previsto no n.º 18 do Anexo II, na sua redacção original, na medida em que “o contributo ambiental das instalações abrangidas pela legislação em presença **é permanente, não sendo, pois, apropriado estabelecer-se, como até agora, uma qualquer limitação temporal.**”²⁴ (destaque nosso).

Note-se que, após as alterações operadas pelo DL n.º 339-C/2001, as tarifas previstas no Anexo II para as várias tecnologias de produção deixaram de estar sujeitas a um prazo de vigência, senão aquele que resultava da validade de autorizações acessórias e necessárias à produção de energia, como, no caso das pequenas centrais hídricas, o título de utilização dos recursos do domínio hídrico público.²⁵

Em 2005, o DL n.º 33-A/2005, de 16 de Fevereiro, veio alterar "os valores constantes da fórmula de remuneração de electricidade produzida a partir de recursos renováveis, garantindo a respectiva remuneração por um prazo considerado suficiente para permitir a recuperação dos investimentos efectuados e expectativa de retorno económico mínimo dos produtores", como se enuncia no seu preâmbulo.

O mesmo preâmbulo começa por aludir brevemente aos fundamentos da revisão das condições remuneratórias concretizada pelo DL n.º 339-C/2001, que consistiam na "prossecução dos objectivos de política energética, **como a redução da dependência energética externa e das emissões poluentes, de importância relevante para as alterações climáticas.**" (destaque nosso). Seguidamente refere os compromissos nacionais e

²³ O período de vigência do licenciamento concedido para utilização do domínio público hídrico, à data de publicação do DL n.º 168/99, era entre 10 a 35 anos no caso de licenças (artigo 6.º do DL n.º 46/94, de 22 de Fevereiro) e de 75 anos (no máximo) no caso de contratos de concessão (artigo 9.º, n.º 1 do DL n.º 46/94).

²⁴ Cf. Preâmbulo do DL n.º 339-C/2001.

²⁵ A reintrodução de prazos de aplicação das tarifas foi efectuada pelo DL n.º 33-A/2005, ao reformular a redacção do n.º 20 do Anexo II. Confirmando o que acima dissemos, o artigo 4.º do DL 33-A/2005, previa, no que respeita às PCH licenciadas ao abrigo do regime remuneratório anterior à sua entrada em vigor, que estas beneficiariam desse regime "**até ao final da respectiva licença de utilização de água** para a produção de electricidade."

internacionais que reforçam a importância e os pressupostos das alterações consagradas pelo DL n.º 339-C/2001, como (i) a aprovação do Protocolo de Quioto, a (ii) política energética portuguesa proposta pela RCM n.º 63/2003, de 13 de Março, que definia os objectivos nacionais para a capacidade de produção instalada de cada tipo de energia renovável²⁶ e (iii) o Programa de Actuação para Reduzir a Dependência de Portugal Face ao Petróleo²⁷, onde se previam "medidas destinadas **ao aumento significativo** da produção de electricidade através de fontes renováveis." (destaque nosso).

Feita a exposição dos fundamentos do apoio concedido às FER no passado, reconhece o legislador que, todavia, "as medidas de promoção do aumento da produção de electricidade através de fontes de energia renováveis **não podem ser cegas à factura energética suportada pelos consumidores**. Neste sentido, e atendendo a que se verificou uma alteração dos pressupostos (...), nomeadamente no que diz respeito ao preço do CO₂ e ao preço da electricidade em regime de mercado, **importa adequar o enquadramento remuneratório das energias renováveis**." (destaque nosso).

Neste contexto, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 33-A/2005 não só foram revistas as fórmulas de cálculo das tarifas, como o seu prazo de aplicação, no que respeita às pequenas centrais hídricas, foi reduzido para 15 anos (prorrogável, em certos casos, até um limite máximo de 25 anos), por oposição ao regime anterior, ao abrigo do qual estas beneficiavam da respectiva tarifa até ao fim do prazo do título de utilização do domínio hídrico público. Findo este novo prazo de 15 anos, as pequenas centrais hídricas seriam remuneradas pelo fornecimento de electricidade de acordo com os preços de mercado e pelas receitas obtidas com a venda de certificados verdes (cf. art. 22.º do Anexo II).

Não obstante as alterações introduzidas, teve o legislador em atenção as situações jurídicas constituídas previamente à entrada em vigor do DL n.º 33-A/2005, prevendo, desde logo no seu artigo 4.º, n.º 1 que "[à] electricidade produzida em **instalações que já tenham obtido licença de estabelecimento à data de entrada em vigor do presente diploma** e à electricidade produzida em instalações cujo pedido de informação prévia tenha sido respondido favoravelmente pela DGGE até à data de entrada em vigor do presente diploma e venham a obter a respectiva licença de estabelecimento no prazo de um ano após a entrada em vigor do presente diploma **não são aplicáveis as alterações ao anexo II do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio, previstas no presente diploma**" (destaque nosso) e referindo

²⁶ Cf. alínea i) do I eixo estratégico desta política energética, que tinha como objectivo atingir uma capacidade instalada de pequenas centrais hídricas correspondente a 400 MW, até 2010, por contraposição com 215 MW instalados em 2001.

²⁷ Aprovado pela RCM n.º 171/2004, de 29 de Novembro.

expressamente que "[p]ara as instalações previstas no n.º 1, o regime de remuneração em vigor à data de entrada em vigor do presente diploma **mantêm-se (...)**" "**até ao final da respectiva licença de utilização da água** para a produção de electricidade no caso das PCH" [cf. art. 4.º, n.º 3, al. a)] (destaque nosso).

Temos assim que, aquando da revisão do regime remuneratório e da fixação da respectiva duração, cujo fundamento, já desde então, estava na "factura energética suportada pelos consumidores", o legislador teve a preocupação de salvaguardar e garantir expressamente a aplicação das condições remuneratórias iniciais para todas as instalações que tinham sido licenciadas previamente à entrada em vigor do DL n.º 33-A/2005.

Apenas dois anos mais tarde, o Anexo II viria novamente a ser alterado pelo DL n.º 225/2007, de 31 de Maio. No que toca às pequenas centrais hídricas, este Decreto-Lei veio modificar (i) a quantidade de energia injectada na rede que seria remunerada de acordo com a tarifa correspondente (sendo **aumentada** de 42,5 GWh para 52 GWh) e (ii) o período durante o qual os seus titulares teriam direito a receber a tarifa (sendo **aumentado** de 15 para 20 anos)²⁸.

Além disso, este diploma procedeu à republicação do Anexo II e alterou os artigos 4.º, 5.º e 6.º do DL n.º 33-A/2005. Contudo, deve notar-se que, **uma vez mais**, optou o legislador por salvaguardar as condições remuneratórias das instalações licenciadas ao abrigo da legislação anterior ao DL n.º 33-A/2005, mantendo inalterada a redacção dos n.ºs 1 e 3 do artigo 4.º do DL n.º 33-A/2005, onde se previa a ressalva originalmente consagrada por este mesmo diploma.

No ano passado, com a publicação dos DL n.ºs 215-A/2012 e 215-B/2012, ambos de 8 de Outubro, foi efectuada uma revisão substancial dos diplomas base do sector eléctrico – o DL n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, e o DL n.º 172/2006, de 23 de Agosto.

Cingindo-nos ao que para o presente capítulo releva, o DL n.º 215-B/2012 procedeu à consolidação do regime jurídico aplicável à produção em regime especial (onde se inclui a produção de electricidade com recurso a FER), que passou a reger-se pelas normas agora incluídas no DL n.º 172/2006. Consequentemente, o DL 215-B/2012 revogou o DL n.º 189/88, conforme dispõe o seu artigo 15.º, n.º 2. Todavia, **uma vez mais**, o legislador entendeu salvaguardar o direito dos titulares das pequenas centrais hídricas à manutenção das suas condições remuneratórias iniciais.

²⁸ Cf. redacção da alínea b) do artigo 20.º do Anexo II, introduzida pelo artigo 2.º do DL n.º 225/2007.

Com efeito, é o que resulta, desde logo, do disposto no artigo 14.º do DL n.º 215-B/2012, que, sob a epígrafe "*Norma interpretativa*", estatui que "[p]ara efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 33-A/2005, de 16 de fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 225/2007, de 31 de maio, **só não são aplicáveis às instalações referidas no n.º 1 do artigo 4.º as normas do anexo II do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de maio (...) relativas às condições de remuneração do fornecimento de eletricidade** entregue à rede pelas instalações licenciadas ao abrigo dos Decretos-Lei n.ºs 189/88, de 27 de maio, e 312/2001, de 10 de dezembro (...)" (destaque nosso).

Em consonância com o artigo 14.º, a interpretação conjugada dos n.ºs 2 e 3 do artigo 15.º do DL 215-B/2012 demonstra igualmente a intenção expressa de salvaguardar as condições remuneratórias aplicáveis aos produtores cujas instalações foram licenciadas ao abrigo da legislação anterior ao DL 33-A/2005, prevendo o n.º 3 que "[o] disposto no número anterior **não prejudica** os procedimentos concursais lançados ao abrigo do disposto no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 312/2001, de 10 de dezembro (...) **incluindo os direitos dos adjudicatários deles resultantes**, devendo a atribuição das respetivas condições de ligação à rede, pontos de receção, autorizações de instalação ou licenças de estabelecimento, licenças de exploração **e condições remuneratórias continuar a reger -se pela legislação prevista nas alíneas a) a d) do número anterior**" (destaque nosso). Por outras palavras, as condições remuneratórias dos produtores em causa, apesar da revogação do DL n.º 189/88, mantiveram-se nos termos que se encontravam previstos no Anexo II, na redacção anterior à entrada em vigor do DL n.º 33-A/2005.

O que dissemos é ainda expressamente confirmado pelo n.º 4 do artigo 15.º do DL n.º 215-B/2012, que afirma que "[o] artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 33-A/2005, de 16 de fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 225/2007, de 31 de maio, **e as condições remuneratórias** da eletricidade referidas no anexo II do Decreto -Lei n.º 189/88, de 27 de maio, (...) **mantêm-se em vigor** relativamente aos centros eletroprodutores a que as referidas condições remuneratórias são aplicáveis, nos termos do n.º 1 do referido artigo 4.º" (destaque nosso).

Percorridas as sucessivas alterações a que o DL n.º 189/88 e o seu Anexo II foram sujeitos, encontramos-nos, finalmente, em condições de compreender e avaliar o impacto das medidas impostas pelo DL n.º 35/2013 aos titulares de pequenas centrais hídricas.

IV. As medidas adoptadas pelo DL n.º 35/2013, de 28 de Fevereiro, e as pequenas centrais hídricas

No presente capítulo proceder-se-á à análise das medidas adoptadas através do DL n.º 35/2013 que, entre outras novidades, veio alterar o prazo durante o qual os titulares das pequenas centrais hídricas abrangidas pelo regime remuneratório anterior ao DL n.º 33-A/2005²⁹, têm direito a beneficiar das tarifas que lhes são aplicáveis. É precisamente esta a alteração que constitui o cerne da presente tese de mestrado e que motiva a ponderação de interesses que nos propomos realizar.

Previamente à entrada em vigor do DL n.º 35/2013, os titulares das PCH tinham direito a receber a tarifa aplicável até ao termo do prazo de validade do respectivo título de utilização do domínio hídrico público. Contudo, o artigo 3.º, n.º 1, alínea a) do DL n.º 35/2013, passou a prever que as PCH apenas poderão beneficiar do regime remuneratório constante do Anexo II "por um prazo de 25 anos a contar da data de atribuição da respetiva licença de exploração **ou** até ao final da respetiva licença de utilização de água para a produção de eletricidade, **consoante a data que se verificar mais cedo.**" (destaque nosso).

Em linha com esta alteração, o artigo 20.º do DL n.º 35/2013 veio revogar os n.ºs 3, 4 e 5 do DL n.º 33-A/2005, de 16 de Fevereiro, cuja função era, conforme já se assinalou, a de salvaguardar as posições jurídicas dos titulares de centros electroprodutores licenciados ao abrigo da legislação anterior ao DL n.º 33-A/2005.

Da interpretação literal do preceito acima citado resulta que o impacto da redução de prazo imposta pelo DL n.º 35/2013 se afere por oposição entre (i) a data em que o título de utilização do domínio hídrico público deixaria de estar válido e (ii) a data em que termina o período de 25 anos contados da data de atribuição da licença de exploração para as PCH em causa.

As autorizações administrativas para a utilização do domínio hídrico público detidas pelos titulares de PCH que actualmente estão instaladas em Portugal foram conferidas ou através de licenças (geralmente, válidas por 35 anos) ou através de contratos de concessão (cuja duração, em regra, é de 75 anos). Uma vez que não se pretende com a presente exposição fazer um juízo sobre o impacto do encurtamento do prazo em situações individuais, teremos forçosamente de optar por considerar o impacto desta medida tomando como

²⁹ De ora em diante utilizaremos a abreviatura "PCH" para nos referimos às pequenas centrais hídricas construídas ou licenciadas antes da entrada em vigor do DL n.º 33-A/2005, precisamente as que são objecto da redução de prazo prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do DL n.º 35/2013.

referência a generalidade dos casos de PCH existentes em Portugal, cuja autorização de utilização da água para a produção de energia eléctrica é titulada por licenças, válidas por um período de 35 anos.

Neste contexto, ao estabelecer um prazo máximo de 25 anos, por oposição a um prazo inicial de 35 anos, a medida imposta pelo artigo 3.º, n.º 1, alínea a) do DL n.º 35/2013 acima citado, traduz-se numa redução média do prazo em causa na ordem dos 10 anos. É esta a extensão da restrição do direito que cabia inicialmente aos titulares das PCH.

O artigo 4.º, n.º 1 do DL 35/2013, sob a epígrafe "*Salvaguarda de situações existentes*", prevê que para as PCH cujo prazo de 25 anos contado da data de atribuição da licença de exploração se complete **antes da entrada em vigor** do diploma, ou dentro do período de seis meses **após** essa data, considera-se que o mesmo termina no prazo de seis meses a contar da entrada em vigor deste diploma.

Além da medida que se acabou de referir, o n.º 2 do artigo 4.º prevê a possibilidade de o aludido prazo de 25 anos ser prorrogado até um limite máximo de 10 anos (sem nunca exceder o final do prazo do título de utilização do domínio hídrico público), como meio de garantir a "amortização e justa remuneração de investimentos adicionais em intervenções nas PCH"³⁰. Este mecanismo de prorrogação do prazo é uma "falsa" concessão do legislador. Na verdade, a decisão dos produtores em efectuar investimentos adicionais nas suas PCH, previamente à entrada em vigor do DL n.º 35/2013, assentava no pressuposto de que iriam beneficiar da remuneração garantida aplicável até ao fim do prazo indicado no respectivo título de utilização do domínio hídrico. Assim, esta prorrogação não configura uma mais-valia, mas meramente uma possível restituição do direito que cabia originariamente aos titulares das PCH no momento em que optaram por realizar tais investimentos adicionais.

Expostos os termos em que foi estabelecido o encurtamento do prazo que ora tratamos, cumpre de seguida apreciar o contexto em que o DL n.º 35/2013 teve origem, bem como os fundamentos que levaram à adopção das medidas nele contidas.

³⁰ O citado artigo 4.º n.º 2 dispõe que poderá haver lugar à referida prorrogação desde que as intervenções em causa (i) tenham sido autorizadas pela DGEG previamente à entrada em vigor do DL n.º 35/2013, (ii) sejam realizadas em conformidade com essa autorização, no prazo máximo de 2 anos após a sua emissão e (iii) se mostrem necessárias ou úteis para a actividade de produção de electricidade.

V. O interesse público subjacente às medidas adoptadas pelo DL 35/2013, de 28 de Fevereiro: crise económica, défice tarifário e protecção dos consumidores

❖ *Crise económica e redução do défice tarifário*

Portugal atravessa presentemente uma das mais graves crises económicas e financeiras da sua história. À beira da bancarrota, em 2011 o Governo solicitou auxílio financeiro às instituições europeias e ao Fundo Monetário Internacional. Neste contexto, foi delineado um Programa de Assistência Económica e Financeira, concretizado através de um conjunto de memorandos³¹, onde se definiram as principais linhas de actuação do Governo em relação aos vários sectores estratégicos da economia, as medidas cuja implementação se afigura indispensável para o saneamento das contas públicas, bem como os objectivos a atingir e respectivos prazos de execução.

A introdução feita no Memorando de Políticas Económicas e Financeiras deixa-nos um cenário claro da situação preocupante em que Portugal se encontra(va): "[a] economia portuguesa enfrenta desafios consideráveis. Os indicadores de competitividade têm sido afectados, o crescimento económico tem-se revelado fraco e o défice da balança corrente situa-se nos 10% do PIB. A crise global expôs a frágil posição orçamental e financeira de Portugal, **com uma dívida pública de cerca de 90% do PIB, no final de 2010, e uma dívida do sector privado de cerca de 260% do PIB.** Os bancos que financiaram este avolumar de dívida apresentam actualmente o mais elevado rácio entre créditos e depósitos da Europa"³² (destaque nosso).

O sector energético foi naturalmente um dos sectores estratégicos visados pelo Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Na sua redacção original, as metas a atingir neste sector eram, entre outras, as seguintes: "Concluir a liberalização dos mercados da electricidade e do gás; **assegurar que a redução da dependência energética e a promoção das energias renováveis seja feita de modo a limitar os sobrecustos associados à produção de electricidade nos regimes ordinário e especial (co-geração e renováveis); garantir a consistência da política energética global, revendo os instrumentos existentes**"³³ (destaque nosso). Entre as medidas estabelecidas para

³¹ No dia 17 de Maio de 2011, Portugal celebrou com a *Troika* um Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, um Memorando de Políticas Económicas e Financeiras e um Memorando Técnico de Entendimento.

³² *Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*, versão traduzida, disponível para consulta em http://www.portugal.gov.pt/media/371357/mpef_pt_20110517.pdf. Consultado em 24.07.2013.

³³ *Memorando de Entendimento sobre Condicionalidades de Política Económica*, versão traduzida, disponível para consulta em http://www.portugal.gov.pt/media/371357/mpef_pt_20110517.pdf. Consultado em 24.07.2013.

a prossecução destes objectivos inclui-se a conclusão da "implementação das medidas anunciadas para reduzir os custos das políticas respeitantes à produção de eletricidade em regime especial a partir de fontes renováveis (...) Designadamente (i) na sequência do **acordo de princípio alcançado** com os produtores de **energia eólica**, aprovar legislação que defina a compensação a pagar pelos produtores (o que permitirá obter uma poupança em VAL de 110 milhões de euros); e (ii) **fixar um prazo máximo para a tarifa garantida atribuída às pequenas centrais hidroelétricas** (o que permitirá obter uma poupança em VAL de 200-250 milhões de euros)"³⁴ (destaque nosso).

Como se pode constatar, através do encurtamento do prazo durante o qual os titulares das PCH teriam direito a receber a tarifa correspondente, introduzido pelo DL n.º 35/2013, o Governo pretende obter uma redução de custos que se cifra num montante entre 200 a 250 milhões de euros.

No preâmbulo do DL n.º 35/2013 o legislador refere que, apesar de a política energética dos últimos anos ter colocado Portugal num "patamar referencial no que diz respeito à utilização de energias renováveis e de tecnologias de ponta no setor eletroprodutor", os custos associados a essa política têm assumido "**valores extremamente elevados, que se tornaram manifestamente inoportunos, colocando sérios problemas no atual quadro económico e orçamental**"³⁵ e que no passado se optou por não "reflectir esses custos, de forma imediata e integral, nas facturas dos consumidores, opção que acabou por conduzir (...) à criação daquilo a que comumente se designa por «dívida tarifária»". Foi neste contexto e tendo em conta estas preocupações que foram adoptadas as medidas incluídas no DL n.º 35/2013. Para uma melhor compreensão deste tema, deve ser esclarecida a relação existente entre estas preocupações e o encurtamento do prazo inicialmente atribuído às PCH.

A respeito dessa relação, a primeira observação que deve ser apontada é a de que através deste encurtamento não se alcança a redução de qualquer dívida previamente existente, neste caso, de nenhuma das dívidas tarifárias que existem actualmente no âmbito do SEN. As dívidas tarifárias resultam de diferimentos temporais de sobrecustos originados por circunstâncias várias (como, por ex., o aumento súbito do preço das fontes de energia primária utilizadas na produção de energia eléctrica, ou os sobrecustos com os "subsídios" de que beneficiam as FER, entre outras), os quais se destinaram a proteger os consumidores de um aumento abrupto da factura de electricidade. Por outras palavras, num dado ano foi

³⁴ *Memorando de Entendimento sobre Condicionalidades de Política Económica*, versão traduzida da 6.ª revisão, disponível para consulta em http://www.portugal.gov.pt/media/371357/mpef_pt_20110517.pdf. Consultado em 24.07.2013.

³⁵ Destaque nosso.

tomada a opção política de não permitir a repercussão integral (sobre os consumidores) de um aumento de custos na produção de energia eléctrica, o que levou à acumulação de dívidas que têm vindo a crescer e a agravar a sustentabilidade do SEN.

Sucede que o encurtamento do prazo determinado pelo DL n.º 35/2013 apenas tem como efeito a redução de encargos futuros que os consumidores de electricidade iriam suportar através das facturas. Ao reduzir o período durante o qual os titulares das PCH iriam receber a tarifa correspondente, esta medida tem meramente o efeito de eliminar montantes que estes teriam direito a receber no período compreendido entre o término do prazo de 25 anos, agora imposto, e o fim do prazo de validade do título de utilização do domínio hídrico. No limite, poder-se-ia apenas dizer que esta medida reduz uma potencial dívida tarifária futura, e não uma dívida tarifária actualmente existente no âmbito do SEN.³⁶

Deste modo, (i) os montantes que os titulares das PCH teriam direito a receber no período acima referido são custos futuros, não podendo de forma alguma integrar as dívidas tarifárias existentes, (ii) pelo que esta medida não contribui para a redução da "*dívida tarifária*", (iii) mas sim para eliminar custos que viriam a ser suportados, ao longo dos próximos anos, pelos consumidores. Deste modo, a redução da "*dívida tarifária*" não pode ser invocada como um dos motivos para a adopção da medida em causa, uma vez que, nos termos acima explanados, essa redução é manifestamente impossível de alcançar por esta via.

Em segundo lugar, apesar de esta ser uma medida contemplada nos memorandos de entendimento celebrados entre Portugal e a *Troika*, também não se poderá afirmar que esta serve o interesse público ao contribuir para uma redução do défice público, uma vez que, além de os custos evitados com esta medida serem custos futuros, estes seriam pagos exclusivamente pelos consumidores, não envolvendo qualquer despesa (e por isso não significando qualquer poupança) para o Estado. Consequentemente, a redução de custos obtida com esta medida não terá qualquer impacto na situação financeira das contas públicas.

❖ *A protecção dos interesses económicos dos consumidores*

Do que vem de se expor resulta que o interesse público prosseguido pelo encurtamento do prazo imposto pelo DL n.º 35/2013 consiste na redução de encargos futuros que seriam suportados pelos consumidores (cf. o n.º 5 do artigo 55.º do DL n.º 172/2006, na redacção

³⁶ O que, ainda assim, toma como pressuposto que os sobrecustos dos anos vindouros imputáveis às PCH viriam a ser parcialmente diferidos, impedindo-se a sua repercussão integral e imediata nas facturas de electricidade, sendo por isso uma afirmação incerta.

conferida pelo DL n.º 215-B/2012). Ao pretender aliviar a factura de um serviço público essencial, o Governo prossegue, indubitavelmente, a defesa de um interesse merecedor de tutela constitucional, *in casu*, os interesses económicos dos consumidores, na acepção utilizada pelo n.º 1 do artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Em 1989, por ocasião da 2.ª revisão constitucional, foi introduzido o referido artigo 60.º, no qual se consagra um conjunto de direitos dos consumidores como o direito "à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos". A CRP não define o que se entende por *consumidor* e a doutrina apresenta ligeiras divergências quanto à sua definição. Divergências à parte, parece ser entendimento comum que o conceito de *consumidor* abrange, em primeiro lugar, o *indivíduo* que adquire bens ou serviços fornecidos por entidades públicas ou privadas, mas também as pessoas colectivas (que poderão ser, "por analogia e com as devidas adaptações", titulares deste direito fundamental, "na estrita medida da especialidade do fim")³⁷. Por sua vez, a lei define *consumidor* como: "todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios".³⁸

Os direitos dos consumidores encontram-se sistematicamente inseridos no acervo de direitos fundamentais que constam da Parte I, Título III, Capítulo I (Direitos e deveres económicos) da Constituição, devendo, por isso, considerar-se "pelo menos, como direitos *formalmente fundamentais*, incluídos no conjunto formal dos direitos mais importantes atribuídos às pessoas"³⁹. Como sublinha VIEIRA DE ANDRADE, a classificação dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais não significa que estes sejam reconduzidos a *direitos naturais* enquanto "manifestações primárias da dignidade da pessoa humana, válidas em todos os tempos, para qualquer indivíduo, por ser uma pessoa – direitos anteriores e superiores ao Estado, que a Constituição se limite a *reconhecer* (...)"⁴⁰, nem sequer entendidos como *direitos humanos* "enquanto direitos das pessoas reconhecidos na comunidade

³⁷ Sustentando uma definição mais ampla deste conceito v. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, p. 617, Coimbra Editora, 2005. Com um entendimento mais restrito, veja-se GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, p. 780, Coimbra Editora, 2007. Para uma posição intermédia veja-se VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, pp. 144 e 145, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003.

³⁸ Cf. artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, na redacção actual.

³⁹ VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p.140.

⁴⁰ VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 141.

internacional como direitos proeminentes, que devam ser assegurados na generalidade dos países civilizados, ainda que na medida do possível (...)"⁴¹

A *fundamentalização* dos direitos dos consumidores decorre de uma mudança na concepção das funções do Estado, especialmente após as guerras mundiais, motivada pela urgência de uma intervenção estadual mais alargada na vida da sociedade, "seja para garantir as liberdades efectivas dos cidadãos, sobretudo perante poderes sociais opressores, seja para assegurar um conjunto de condições essenciais de bem-estar, que, nas sociedades urbanas industriais e pós-industriais, se perfilaram como pressupostos de uma vida humana digna".

Com o nascimento da *sociedade consumista* num mundo *globalmente interligado*, assiste-se a uma crescente proeminência do produtor / fornecedor face aos compradores / consumidores, que assume assim uma posição reforçada no equilíbrio relacional existente entre as partes. É esta nova proporção de forças e de meios em favor do produtor / fornecedor / prestador que está na génese dos direitos dos consumidores como hoje os conhecemos, os quais procuram compensar a fragilidade do consumidor nas relações de consumo. Como tal, a consagração de direitos dos consumidores e a sua intensidade *proteccionista* tende a evoluir proporcionalmente ao domínio crescente dos produtores / fornecedores / prestadores no âmbito das relações de consumo. Neste contexto, podemos dizer que "o consumidor torna-se um sujeito de direitos fundamentais em razão da sua *subalternidade* e *vulnerabilidade* na relação económica com o produtor, fornecedor ou prestador, em especial no que toca a bens e serviços essenciais que não pode deixar de adquirir"⁴². Logicamente, esta fragilidade acentua-se quanto menor for a capacidade económica do consumidor.

Os novos direitos conhecidos nesta época, de carácter marcadamente social, são principalmente "direitos à protecção estadual, que exigem dos poderes públicos prestações legislativas e materiais, (...) são direitos de *circunstância*, mas que têm a matriz dos direitos fundamentais, na medida em que também visam proteger bens das pessoas e têm como intenção principal a promoção da dignidade humana individual"⁴³.

Ainda segundo VIEIRA DE ANDRADE, a configuração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais tem implicações normativas ao nível da sua titularidade – os destinatários desses direitos são, em primeira linha, os *indivíduos*, enquanto pessoas – do seu âmbito normativo – "os bens jurídicos protegidos são os *bens pessoais* implicados na relação

⁴¹ VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 141.

⁴² VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 143.

⁴³ VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 142.

de consumo" – e da justificação da tutela constitucional – que se prende com "a medida da *vulnerabilidade individual* perante os poderes económicos privados"⁴⁴.

Assim, os direitos dos consumidores consagrados pelo artigo 60.º da CRP devem ser entendidos num sentido restrito "*enquanto direitos fundamentais*, em função da finalidade de protecção de *bens pessoais* num contexto de *fragilidade* (vulnerabilidade) do consumidor na relação de consumo (pública ou privada)." Concretamente, quando a lei fundamental se refere ao direito à *qualidade de bens e serviços* não quer com isso significar que assista aos consumidores um direito a bens e serviços "de qualidade necessariamente elevada"⁴⁵, mas tão somente que têm direito a que estes sejam prestados em termos que não prejudiquem bens pessoais como a integridade física e a saúde (e.g. no domínio da indústria alimentar, farmacêutica ou mesmo do serviço de fornecimento de água).

A propósito do direito à *protecção dos interesses económicos*, VIEIRA DE ANDRADE considera que esta referência constitucional "não deve ser entendida como opção parcial a favor do consumo, mas como equilíbrio e garantia da legalidade e da igualdade material, sobretudo para prevenção de *desequilíbrios em detrimento do consumidor* (...) por exemplo, em caso de contratos de adesão ou de certas cláusulas contratuais gerais, quando não haja negociação individual nem, portanto, liberdade de estipulação, especialmente quanto a bens e serviços essenciais"⁴⁶. Sobre este direito e o direito à *qualidade de vida*, JORGE MIRANDA entende que estes "se reconduzem a *interesses difusos*"⁴⁷ (destaque nosso). Todavia, atendendo à enorme amplitude do conjunto de indivíduos cujos interesses são defendidos com esta medida legislativa, entende-se que no caso vertente estamos perante a prossecução de um verdadeiro interesse público. Com efeito, o universo de consumidores de energia eléctrica abrange uma parte muito significativa dos cidadãos portugueses, de tal modo que a defesa dos interesses em causa serve os interesses da esmagadora maioria da população nacional⁴⁸.

Não obstante a vertente subjectiva dos direitos fundamentais dos consumidores, a sua consagração constitucional traduz-se, primordialmente, num dever objectivo para o Estado⁴⁹ de criar condições para a defesa desses direitos, designadamente através da elaboração de

⁴⁴ VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p.144.

⁴⁵ Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 780.

⁴⁶ VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 146.

⁴⁷ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 68 e ss., 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2000.

⁴⁸ Note-se que, além dos consumidores tradicionais, também os produtores, operadores de transporte e distribuição, e comercializadores de energia eléctrica são, em algum momento, consumidores deste serviço público essencial.

⁴⁹ Em 1997, a defesa dos interesses económicos dos consumidores passou a constar no artigo 81.º, alínea i) como *incumbência prioritária* do Estado.

normas que assegurem esse propósito⁵⁰ (e.g. leis que estabelecem um regime especial para a prestação de serviços ou fornecimento de bens, derogando o regime geral do direito civil).

Estando inseridos no conjunto dos direitos e deveres económicos previstos na CRP, os direitos dos consumidores estão sujeitos ao regime comum dos direitos fundamentais, por oposição ao regime especial, mais exigente e mais intenso, dos direitos, liberdades e garantias. Tal como a maioria dos direitos económicos, sociais e culturais, os direitos fundamentais dos consumidores "têm como conteúdo principal o direito a prestações materiais ou jurídicas por parte do Estado e, por isso, estão sujeitos a uma concretização jurídico-política pelo legislador."^{51 52 53}

A realização das prestações materiais impostas pelos direitos sociais está, necessariamente, condicionada por circunstâncias factuais e jurídicas, nomeadamente pela disponibilidade de recursos estaduais. Sendo esses recursos limitados, além de se impor a sua repartição de acordo com um princípio de igualdade, a realização das prestações materiais devidas pressupõe uma opção política e legislativa quanto à sua "afecção material", opção que é condicionada pelo contexto económico e social existente em cada momento. Assim, "os direitos a prestações materiais do Estado correspondem a fins políticos de realização gradual"⁵⁴ ou direitos *sob a reserva do possível*.

Integrando os direitos fundamentais sociais, os direitos dos consumidores previstos na CRP são verdadeiros direitos subjectivos, que gozam de uma força jurídica comum a todas as normas constitucionais imperativas⁵⁵. Daqui decorrem importantes consequências quanto aos efeitos dos preceitos em que estes direitos se incluem, merecendo destacar, para o âmbito da presente investigação, o seguinte: os direitos dos consumidores, enformando o conjunto de valores constitucionais, têm, *prima facie*, "capacidade para, em situações de conflito entre direitos, fundarem restrições legítimas ou limitações às liberdades e a outros direitos

⁵⁰ Veja-se o caso do sector energético em que, face à extinção dos preços regulados decorrente da liberalização do sector, o Estado entendeu ser necessária a criação de mecanismos como a Tarifa Social de Electricidade, a Tarifa Social de Gás Natural e o Apoio Social Extraordinário ao Consumidor de Energia, de modo a proteger os consumidores economicamente vulneráveis que não consigam suportar os custos dos preços de energia no mercado livre.

⁵¹ VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 148.

⁵² Os principais exemplos de prestações jurídicas do Estado destinadas à protecção dos consumidores são a Lei de Defesa do Consumidor (DL n.º 24/96, de 31 de Julho), a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (DL n.º 446/85, de 25 de Outubro) ou a Lei dos Serviços Públicos Essenciais (DL n.º 23/96, de 26 de Julho).

⁵³ Não obstante, o autor considera que alguns direitos dos consumidores podem gozar de aplicabilidade directa, quando estejam em jogo "bens jurídicos individuais", como a saúde ou a qualidade de vida, especialmente "quando estejam em causa dimensões de protecção de direitos, liberdades e garantias".

⁵⁴ VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 147.

⁵⁵ VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 149.

fundamentais"⁵⁶, sempre e desde que tais restrições ou limitações se afigurem adequadas, necessárias e proporcionais.

São vários os exemplos de situações em que o legislador limita ou mesmo restringe direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (como sejam a liberdade de iniciativa económica ou a liberdade contratual), por exemplo, através de legislação que proíbe determinado tipo de cláusulas contratuais, que estabelece um limite máximo ao período de fidelização que os prestadores de serviços podem impor aos consumidores, que regula a publicidade de certos produtos impondo a explicitação dos seus malefícios, ou mesmo que sujeita empresas privadas que prestem serviços de interesse económico geral ao cumprimento de obrigações de serviço público (e.g. no fornecimento de energia eléctrica). Refira-se ainda que, estando em causa um *direito à protecção estadual contra entidades poderosas*, o legislador tem um dever reforçado de assegurar um adequado grau de realização dos direitos dos consumidores.⁵⁷

Em síntese, a consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais eleva o grau de "realização legislativa na protecção dos consumidores"⁵⁸ e confere aos mesmos um valor jurídico que ombreia com os restantes direitos fundamentais, podendo, *prima facie*, justificar a imposição de restrições ou limitações de outros direitos fundamentais. Resta então apurar – e uma vez que não serão os motivos relacionados com a redução da dívida tarifária ou do défice público que fundam a medida legislativa em causa – se, no caso em apreço, a defesa dos direitos dos consumidores, concretamente, dos seus interesses económicos, justifica a adopção da medida prevista no artigo 3.º, n.º 1, alínea a) do DL n.º 35/2013, avaliando, na medida do possível, se esta é apta a assegurar uma protecção necessária, adequada e proporcional.

VI. Propriedade privada e colisão de direitos

Antes de enveredarmos pela análise do tema da colisão de direitos, convém deixar claro *quais* os direitos que estão em confronto na situação presente.

Como acabámos de ver, embora possamos afirmar a existência, em determinados casos, de direitos subjectivos dos consumidores, do que se trata verdadeiramente no caso que analisamos é da prossecução de uma incumbência prioritária do Estado, que se traduz no

⁵⁶ VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 153.

⁵⁷ A este propósito, veja-se o artigo 81.º alínea i) e o artigo 99.º, alínea e) da CRP.

⁵⁸ VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 159.

exercício de um **dever de defesa de um bem jurídico da comunidade**, *in casu*, os interesses económicos dos consumidores.

Por outro lado, em virtude da construção das PCH ao abrigo do regime legal anterior à entrada em vigor do DL n.º 33-A/2005, os respectivos titulares adquiriram o direito de beneficiar das condições remuneratórias que se encontravam consagradas no Anexo II do DL n.º 189/88, na redacção resultante das alterações do DLs n.ºs 168/99 e 339-C/2001.

As condições remuneratórias a que os titulares das PCH adquiriram direito de beneficiar constituem os *termos de uma contrapartida devida / garantida* pela actividade que prosseguem, sendo por isso elementos centrais na definição do regime de exploração económica destes empreendimentos. Este direito dos titulares das PCH configura uma situação jurídica à qual está associado um conteúdo económico susceptível de ser avaliado em dinheiro, sendo por isso qualificável como um *direito de conteúdo patrimonial*.⁵⁹ Assente o conteúdo patrimonial do direito em causa levanta-se a dúvida quanto à sua possível inclusão no objecto do direito de propriedade privada e a sua consequente protecção ao abrigo do artigo 62.º da Constituição.

Como é unanimemente reconhecido pela doutrina, a dimensão institucional e objectiva da garantia constitucional da propriedade privada, “não garante especificamente os múltiplos tipos de direitos de carácter patrimonial existentes na ordem jurídica portuguesa”, não impondo por isso a “conservação deste ou daquele outro direito em abstracto”.⁶⁰

Não obstante, na sua dimensão subjectiva, a garantia da propriedade privada visa proteger “um espaço de autonomia pessoal, (...) como instrumento necessário à realização de projectos de vida livremente traçados, responsavelmente cumpridos, e que não podem nem devem ser interrompidos ou impossibilitados por opressivas ingerências externas”.⁶¹

Embora o artigo 62.º da Constituição não contenha um conceito de propriedade privada, é hoje pacificamente aceite que este não pode limitar-se à propriedade enquanto direito real absoluto. De facto, atenta a evolução da organização da sociedade tal como a conhecemos hoje, são cada vez menos as pessoas que dispõem de uma propriedade efectiva sobre a maioria do seu património, pelo que, “a estreita ligação entre liberdade e propriedade postula, nos nossos tempos, a adopção de um amplo conceito constitucional de propriedade”. Como tal, devem considerar-se incluídos no conceito de propriedade “todos os direitos com

⁵⁹ Neste sentido, António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1.º Volume, p. 172, 2.ª Edição, 1990.

⁶⁰ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 1245, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2010.

⁶¹ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 1246, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2010.

relevância económica directa, pois só esta leitura é compatível com o *telos* do artigo 62.º da Constituição.” Nesta medida, pode sustentar-se entre nós a existência de um verdadeiro “princípio segundo o qual o conceito constitucional de propriedade privada **não se esgota no direito real de propriedade e tendencialmente cobre a generalidade dos direitos patrimoniais**. As dúvidas e incertezas que ainda hoje subsistem na delimitação do conceito constitucional de propriedade privada (v.g. em relação aos direitos públicos de natureza patrimonial), **não permitem obliterar esse princípio fundamental**”⁶².

Também a jurisprudência nacional tem vindo a partilhar este entendimento da doutrina quanto ao conteúdo do direito de propriedade privada, tendo já por diversas vezes reiterado que este "não abrange apenas a *proprietatis rerum*, os direitos reais menores, a propriedade intelectual e a propriedade industrial, **mas também outros direitos que normalmente não são incluídos sob a designação de «propriedade»**, tais como, designadamente, os direitos de crédito e os «direitos sociais»"⁶³ (destaque nosso), o que leva, inevitavelmente, a uma "extensão da garantia constitucional" conferida por este direito.⁶⁴

Segundo MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, a determinação do objecto da propriedade em sentido constitucional consiste num *problema de qualificação*. Estarão abrangidas pela tutela constitucional da propriedade privada todas "as situações jurídicas activas criadas pelo legislador que, visando assegurar ao respectivo titular um espaço de liberdade na esfera jurídico patrimonial, lhe estão destinadas numa base exclusiva para o seu aproveitamento privado e disposição."⁶⁵

Na sequência desta ampliação do conceito constitucional de propriedade, a doutrina tem discutido a possibilidade de inclusão de direitos públicos de natureza patrimonial na esfera de protecção decorrente da garantia da propriedade privada. A discussão a que aludimos começou por ser feita em torno das posições jurídicas decorrentes de licenças para o exercício de certas actividades profissionais e industriais. Relativamente a estes casos entendia-se que "um estabelecimento comercial não podia ser considerado propriedade no sentido constitucional porque o acto administrativo de concessão de uma determinada circunscrição para o exercício da actividade em causa não pressupunha qualquer mobilização de capital ou trabalho por parte do beneficiário"⁶⁶.

⁶² JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, pág. 1246 e 1247.

⁶³ Cf., por todos, Acórdãos n.ºs 24/98, 491/02, 374/03 e 273/03 do Tribunal Constitucional.

⁶⁴ Neste sentido, v. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 800.

⁶⁵ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Propriedade Privada: entre o privilégio e a liberdade*, p.65, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Setembro 2010.

⁶⁶ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 72.

Todavia, este entendimento tem vindo a modificar-se, reconhecendo-se margem para a existência de direitos subjectivos públicos que, por assumirem características muito próximas das posições jurídicas de conteúdo patrimonial emergentes do direito privado, teriam justificada "a sua inclusão no âmbito da garantia constitucional da propriedade"⁶⁷. Para esse efeito, é decisiva a conexão desses direitos públicos com "aspectos relativos a uma realização própria, ao reconhecimento de um poder de livre disposição em vista das reais possibilidades económicas ou ainda à segurança das condições materiais de existência."⁶⁸

Assim, podemos dizer que "cabe ao direito fundamental de propriedade, no conjunto dos direitos fundamentais, **a tarefa de assegurar ao respectivo titular um espaço de liberdade na esfera jurídico-patrimonial** e, em conformidade, tal direito **abrange todos os direitos subjectivos de conteúdo patrimonial** que são destinados pela ordem jurídica ao respectivo titular, **numa base exclusiva, para o seu aproveitamento privado e disposição**."⁶⁹ (destaque nosso).

Ora, apesar de o direito dos titulares das PCH ser um direito subjectivo público, este encerra inegavelmente uma estreita relação com o propósito de realização própria associado à propriedade constitucional. A modificação do conteúdo deste direito põe em causa a realização própria dos titulares das PCH no âmbito do desenvolvimento da sua actividade profissional. Do que se trata aqui é efectivamente de um direito de liberdade do indivíduo e da sua protecção contra ingerências ou lesões causadas pelo Estado, pelo que, também sob este prisma, a inclusão deste direito subjectivo público no âmbito da garantia constitucional da propriedade não desvirtua, mas antes corresponde inteiramente à sua estrutura e função de defesa dos cidadãos perante o Estado.

Por outro lado, o direito dos titulares das PCH assume contornos muito distintos da generalidade dos direitos subjectivos públicos, mais se assemelhando aos direitos de conteúdo patrimonial emergentes do direito privado. Com efeito, sendo este um direito subjectivo público, a verdade é que não confere aos seus titulares o direito de exigir algo do Estado. Não é ao Estado que caberá o pagamento da remuneração nos termos em que ela foi garantida, mas sim a outras entidades sem qualquer relação com ele. Contrariamente ao que sucede na maioria dos casos de direitos subjectivos públicos em que se coloca a questão de saber se estes deverão ou não considerar-se abrangidos pela garantia de tutela da propriedade constitucional (*e.g.* direito às prestações sociais do Estado), no caso do direito dos titulares

⁶⁷ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 73.

⁶⁸ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 73.

⁶⁹ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 64.

das PCH, é entre sujeitos privados que se estabelece a relação direito/dever, e não entre cidadão/Estado. Tal como os restantes direitos abrangidos pela tutela da propriedade constitucional, o direito dos titulares das PCH apenas impõe ao Estado um dever de não interferir ou modificar, em termos infundados e desrazoáveis, com um direito de conteúdo patrimonial que plenamente se constituiu na sua esfera jurídico-patrimonial.

De resto, note-se ainda que não existem na Constituição outros preceitos constitucionais cuja vocação de garantia esteja mais direccionada à protecção deste direito subjectivo público do que aquela que decorre do artigo 62.º da CRP. Como tal, a inclusão do direito dos titulares das PCH no âmbito da garantia constitucional da propriedade privada também não interfere com o domínio de protecção conferido por outras normas constitucionais, como sucederia, *p. ex.*, caso algumas prestações sociais do Estado pudessem considerar-se abrangidas pela tutela da propriedade privada.⁷⁰

Atentas as considerações expendidas, pode afirmar-se não apenas que o direito em causa é susceptível de ser qualificado como objecto do direito de propriedade constitucionalmente protegido, como também, tendo em conta a sua afinidade com aspectos de uma *realização própria*, enquanto elemento central num domínio especialmente sensível como seja o do desenvolvimento de uma actividade profissional, existem fundamentos jurídicos sólidos para que este se considere abrangido pelo âmbito de protecção da garantia conferida pelo direito de propriedade constitucional.

Cumpre, ainda, delimitar claramente o conteúdo da garantia do direito de propriedade constitucional. Numa primeira dimensão, esta protege a propriedade como espaço de liberdade, "isto é, protege a sua permanência nas mãos do proprietário".⁷¹ Numa segunda dimensão, este direito contém uma garantia de não-expropriação pelos poderes públicos sem que haja lugar a uma indemnização. Diz-se, assim, que o direito de propriedade constitucional compreende uma "garantia de permanência e uma garantia de valor"⁷², subsidiariamente relacionadas.

Oliveira Ascensão desdobra a garantia constitucional da propriedade num "efeito primário" e num "efeito subsidiário". Por efeito primário entende-se o direito de defesa da propriedade "contra agressões que não sejam justificadas pela necessidade de afectação dos bens a uma função socialmente mais elevada", por efeito subsidiário entende-se a "garantia de

⁷⁰ Cf. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 80 e 81.

⁷¹ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 81.

⁷² MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 82.

uma justa indemnização para o caso de essa eventualidade se verificar".⁷³ Como tal, "é a **propriedade do bem em si** que é efectivamente garantida e defendida de agressões que liquidariam a sua função de anteparo da liberdade individual - e que só cede se essas agressões forem justificadas por uma função mais alta" (destaque nosso), pelo que esta garantia constitucional "não incide, pois, **apenas** sobre a propriedade, como instituto jurídico, mas sobre «cada propriedade»"⁷⁴.

É nestes termos que podemos considerar que o direito dos titulares das PCH se encontra abrangido pela garantia da propriedade constitucional. Cumprida a identificação dos direitos em confronto, passemos agora à apreciação concreta do tema da colisão de direitos.

Refira-se, desde já, que a resolução de uma colisão de direitos não pode ser efectuada *de forma abstracta e geral*.

Alguns autores apontam como critério para solucionar as colisões de direitos o recurso a uma *ordem de valores de direitos*: uns seriam mais valiosos que outros, havendo assim direitos que teriam uma *natureza superior*, que prevaleceriam em caso de confronto com outros direitos *menos valiosos*. Todavia, é hoje reconhecido entre nós "que não existe uma ordem de valores no catálogo de direitos fundamentais."⁷⁵ Várias críticas foram já apontadas à teoria dos valores, destacando-se o perigo da "tirania dos valores" (CARL SCHMITT) ou a "perda de racionalidade" e "dissolução da lei constitucional" (FORSTHOFF). Além destas, existem ainda outras objecções de cariz filosófico, metodológico e dogmático que são apontadas à teoria dos valores e que levam à sua rejeição generalizada pela doutrina portuguesa.⁷⁶ Acresce que esta teoria não se conforma com o princípio da unidade da Constituição, de acordo com o qual todas as normas constitucionais (e portanto, todos os direitos delas decorrentes) têm igual dignidade e valor, pelo que se torna impossível estabelecer uma prevalência hierarquicamente justificada.⁷⁷

Outro critério apontado para a solução de uma colisão de direitos consiste na distinção entre direitos *sujeitos* a leis restritivas e direitos *não sujeitos* a leis restritivas. Este critério parte de uma *racionalidade juridico-constitucional* à luz da qual direitos que não estão sujeitos a uma reserva de lei restritiva deverão prevalecer sobre direitos que estejam sob uma

⁷³ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A violação da Garantia Constitucional da Propriedade por Disposição Retroactiva*, Revista dos Tribunais, ano 91, n.º 1883, 1884 e 1885, Julho, Outubro e Novembro de 1973, p. 349.

⁷⁴ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 83.

⁷⁵ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais*, Revista de Legislação e Jurisprudência, p. 294, ano 125, n.º 3823.

⁷⁶ V., entre nós, GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 294. Entre a doutrina alemã, veja-se ROBERT ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 138 e ss., Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁷⁷ Veja-se, neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 1184.

reserva de lei restritiva⁷⁸, pelo que conduzirá sempre à compressão do direito que emana do preceito constitucional sujeito a reserva de lei restritiva, o que não se justifica. Na verdade, mesmo os direitos que decorrem de preceitos constitucionais onde não existe uma tal reserva (e.g. direito à criação cultural previsto no artigo 42.º) não poderão impor-se, "sempre e sem restrições, perante outros direitos sujeitos a reserva de lei". Assim, este critério também não responde adequadamente à problemática da colisão de direitos.

Introdutoriamente, convém ter presente a distinção entre o conceito de *regra* e *princípio*, tal como o entendemos aqui. Um princípio é uma norma que dita a realização de algo na melhor medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e factuais. No dizer de ROBERT ALEXY, os princípios são *mandatos de optimização*, pelo que estes admitem diferentes graus de realização, sempre em função das possibilidades factuais, mas também jurídicas.⁷⁹

Por contraposição, uma regra é uma norma que dita algo em termos de *tudo ou nada*, ou é cumprida ou não, não se compaginando com uma realização gradual. As regras são normas definitivas.

A colisão de princípios e o conflito de regras são ambos exemplos de *tensão entre normas*, todavia têm métodos de resolução diferentes. Pelo seu carácter definitivo, uma tensão entre regras é um verdadeiro *conflito*, que só pode ser resolvido por uma de duas vias: ou (i) com a introdução de uma *excepção à regra*, ou com (ii) a declaração de invalidade e consequente eliminação de uma delas. Caso não seja introduzida a previsão de uma excepção que elimine o conflito de regras, este poderá ser solucionado através de regras como *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, ou por recurso a um qualquer critério de hierarquia. Crucial, é que um conflito de regras é sempre uma questão discutida no domínio da *validade* de uma norma. Pelo seu carácter definitivo, não podem coexistir num ordenamento jurídico duas regras contraditórias simultaneamente válidas.

Já não será assim nos casos de *colisão* de princípios. Os princípios, sendo normas que exigem a realização de algo na maior medida possível, têm logicamente, margem para absorver o impacto dessa colisão, *i.e.*, de serem aplicados na medida e na forma que melhor se adequar ao caso concreto, cedendo espaço ou abstendo-se de actuar. Numa dada situação P1 poderá prevalecer sobre P2, noutras condições, P2 poderá prevalecer sobre P1. Na *colisão* de

⁷⁸ Existirá uma reserva de lei restritiva quando as normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias admitem, expressamente, a possibilidade de restrições através da lei (cf. artigo 35, n.º 4 ou artigo 47.º n.º 1 da CRP). V. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1277, 7.ª Edição, Almedina.

⁷⁹ ROBERT ALEXY, *ob. cit.*, p. 87., Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

princípios não se coloca uma questão de *validade*, mas de uma questão de *preferência*, determinada em função do *peso* que deve ser dado a cada princípio em função dos limites factuais e jurídicos existentes.

Assim, a solução de uma colisão de princípios traduz-se numa *relação de precedência relativa ou condicionada*, alcançada para cada caso concreto por meio de um juízo de ponderação que deve avaliar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade dessa precedência. Esta relação de preferência pode ilustrar-se da seguinte forma: se, em certas circunstâncias ("C"), o princípio de reserva da intimidade privada ("P1"), tem precedência ("p") sobre o princípio de liberdade de imprensa ("P2"), então:

(P1 prefere P2) face a C --> Regra

Determinada esta relação de precedência condicionada forma-se uma regra (**R**), segundo a qual, sob as circunstâncias (C), P1 prefere P2. Esta lei é chamada a *lei da colisão*.

No nosso caso, temos em colisão dois direitos que decorrem de princípios distintos, de um lado, o dever estadual de protecção dos interesses económicos dos consumidores, assegurado pelo princípio da protecção dos consumidores, e de outro o direito dos titulares das PCH, garantido pelo princípio da (protecção da) propriedade privada.

Alguns autores distinguem entre colisão *autêntica* de direitos fundamentais e colisão *em sentido impróprio* ou *inautêntica*. A primeira dá-se quando o exercício de um direito fundamental pelo seu titular choca com um direito fundamental de outro. A segunda, quando um direito fundamental choca com bens constitucionalmente protegidos. Assim, dado que a alteração legislativa em causa tem fundamento num interesse público de protecção dos interesses económicos do consumidor, reconduzível a um bem constitucionalmente protegido, no caso vertente estamos perante uma colisão de direitos *em sentido impróprio*.

Os direitos fundamentais decorrentes de princípios constitucionais são direitos *prima facie*, isto é, abstractamente considerados não têm ainda um conteúdo definitivo, sendo este recortado perante determinadas situações concretas. De igual forma, o âmbito de protecção ou domínio normativo de um direito (*tatbestand*) é sempre um domínio *potencial*, que só se torna *actual* depois de averiguadas as situações concretamente existentes.⁸⁰ Nos casos de direitos, liberdades e garantias cuja restrição esteja constitucionalmente autorizada, uma lei restritiva de um direito *prima facie* pode convertê-lo num direito definitivo. Dado que a lei restritiva pressupõe um juízo de prognose do legislador quanto à relação de prevalência entre o

⁸⁰ V. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1273, 7.ª Edição, Almedina.

princípio que preside à introdução da lei restritiva e o princípio restringido, esta configura um primeiro mecanismo de resolução de colisões de direitos.

Os direitos fundamentais que não estejam sujeitos a normas restritivas "não podem converter-se em direitos fundamentais com «mais restrições» do que os direitos restringidos directamente pela Constituição ou com autorização dela (através da lei)"⁸¹. Nestes casos, "pouco adianta dizer" que a colisão de direitos pode ser solucionada ou (i) por meio da descoberta de *limites imanes* dos direitos fundamentais, os quais reduzem, *a priori*, o âmbito normativo desses direitos, ou (ii) através da limitação do seu âmbito de protecção (como sucede p. ex. quando se conclui pela impossibilidade de incluir os direitos às prestações do sistema de segurança social como direitos de propriedade constitucional⁸²), ou (iii) através de uma justificação da restrição, que deve preencher os pressupostos da adequação, necessidade e proporcionalidade para que possa considerar-se *justificável* (artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP).

Como se pode ver pela ordem de soluções acima apresentada, face a uma colisão de direitos fundamentais deve sempre preferir-se aquela que conduz à harmonização desses direitos, em conformidade com princípio da unidade da constituição e da concordância prática. Essencialmente, deve procurar-se o *melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes*.⁸³ Todavia, em determinadas situações essa harmonização não se afigura possível, tendo de se optar pelo estabelecimento de uma relação de precedência condicionada que, através de uma ponderação dos bens em confronto e atendendo às circunstâncias factuais e jurídicas existentes, legitima a restrição de um deles.

No caso em apreço temos presente uma colisão de direitos já consumada, solucionada pelo legislador por meio da restrição do direito de propriedade dos titulares das PCH.

Já vimos que, sendo um direito fundamental, o direito de protecção dos consumidores pode justificar restrições de direitos, liberdades e garantias com os quais esteja em colisão, e vimos também que o direito de propriedade constitucional admite restrições "*nos termos da Constituição*", designadamente por motivos sociais e económicos. Dada a afinidade entre o tema da colisão de direitos e da restrição de direitos, analisaremos agora a *metódica da restrição de direitos, liberdades e garantias*.⁸⁴

⁸¹ GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 1273.

⁸² Cf. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 81.

⁸³ Ideia formulada por Lerche. V. GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 1275, 7.ª Edição, Almedina

⁸⁴ Para este efeito, seguiremos de perto a proposta de GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, pág. 1275 e ss.

O primeiro passo corresponde à determinação do âmbito de protecção ou domínio normativo (*tatbestand*) do direito restringido, ou seja, do direito de propriedade constitucional. Como se viu anteriormente, este direito fundamental garante aos cidadãos, em primeira linha, a defesa contra intervenções lesivas do Estado (e de particulares), visando assegurar ao respectivo titular um espaço de liberdade na sua esfera jurídico-patrimonial. Vimos igualmente que esta garantia se estende hoje aos direitos subjectivos de conteúdo patrimonial que são destinados pela ordem jurídica ao respectivo titular, numa base exclusiva, para o seu aproveitamento privado e disposição. Podemos deste modo concluir que, estando abrangido pelo âmbito de protecção do artigo 62.º da CRP, o direito de propriedade dos titulares das PCH foi restringido⁸⁵ pela alteração legislativa contida no artigo 3.º, n.º 1, alínea a) do DL n.º 35/2013.

Delimitado o âmbito de protecção do direito de propriedade constitucional, cabe agora "*averiguar o tipo, natureza e finalidades da medida legal restritiva*"⁸⁶. Na situação que nos ocupa, estamos perante uma restrição legal de direitos, liberdades e garantias, ou seja, uma restrição do direito de propriedade operada através da lei. Esta restrição legal funda-se numa restrição constitucional directa, uma vez que o direito de propriedade é garantido "*nos termos da Constituição*" (n.º 1 do artigo 62.º da CRP, *in fine*). Com esta expressão fica estabelecido que o direito de propriedade não é absoluto, sendo garantido dentro dos limites e com as restrições previstas e definidas noutros lugares da Constituição, ou mesmo na lei (quando a CRP assim disponha ou quando se se tratar de revelar limitações constitucionalmente implícitas) que podem ter "*razões ambientais, de ordenamento territorial e urbanístico, económicas, de segurança, de defesa nacional*".⁸⁷

Resta, então, saber se a restrição em causa respeita os limites (cumulativos) impostos pelo artigo 18.º da CRP. O n.º 2 do artigo citado prevê que "[a] lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos."

⁸⁵ Sobre o conceito de restrição de direitos, liberdades e garantias veja-se JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, pág. 159. No caso que se analisa estamos perante uma verdadeira restrição, uma vez que a lei vem alterar a extensão objectiva do mesmo, operando uma amputação do seu prazo originário (*i.e.* o direito beneficiar das condições remuneratórias deixou de ser aplicável durante todo o período de vigência das respectivas autorizações de utilização da água passando a ter uma limitação máxima de 25 anos).

⁸⁶ GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, pág. 1276.

⁸⁷ Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pag. 801.

Decorre desde logo da leitura deste preceito que a restrição legal de direitos, liberdades e garantias só pode ocorrer quando a CRP assim o autorize. Quanto a este pressuposto, já vimos que se encontra reunido, nos termos acima explanados.

O segundo requisito citado n.º 2 refere-se a uma limitação na *medida do necessário* para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Concluimos já pela presença de um interesse constitucionalmente protegido, neste caso os interesses económicos dos consumidores. Falta, assim, averiguar se a restrição em causa se limitou ao necessário para a salvaguarda deste interesse.

O requisito da *medida do necessário* evoca a máxima ou princípio da proporcionalidade, ou da proibição do excesso, como é também vulgarmente designado. A jurisprudência e a doutrina consagram o entendimento unânime de que o princípio da proporcionalidade se decompõe em três vertentes autónomas e que são a *necessidade*, a *adequação* e a *racionalidade* ou *proporcionalidade em sentido restrito*.

A *necessidade* exige que haja um bem juridicamente protegido (os interesses económicos do consumidor) e uma circunstância (aumento acentuado da factura de energia eléctrica nos últimos anos) que imponha uma intervenção ou decisão.

A *adequação* exige que a medida tomada no caso concreto seja idónea para alcançar o objectivo visado, e não outro qualquer, ou seja, que haja uma efectiva correspondência entre os meios utilizados e os fins prosseguidos.

Por fim, a *proporcionalidade em sentido restrito*, é a exigência que assume um carácter determinante em grande parte dos casos. É por esta via que se impõe a realização de um juízo de ponderação do "peso" dos direitos em confronto. Este princípio traduz-se numa ideia de "justa medida", analisada à luz da situação concreta, implicando uma avaliação da medida adoptada em termos qualitativos, mas também quantitativos.

Este requisito surgirá outra vez no âmbito da presente investigação quanto tratarmos adiante do princípio da protecção da confiança, que exige a mesma análise e ponderação que aqui caberia, pelo que remetemos quanto a esta matéria para as considerações que teceremos adiante. As conclusões a que chegarmos em sede de análise do princípio da protecção da confiança relativamente à proporcionalidade da medida restritiva contida no artigo 3.º, n.º 1, alínea a) do DL n.º 35/2013, serão aplicáveis, *ipsis verbis*, às que caberiam aqui, pelo que, caso se conclua pela sua desproporcionalidade, isso implicará, antes de tudo (leia-se, antes de uma violação do princípio da protecção da confiança), uma desconformidade da lei restritiva

com as exigências do artigo 18.º, n.º 2 da CRP, o que culmina na sua inconstitucionalidade, igualmente com esse fundamento.

Resta percorrer as exigências aplicáveis às leis restritivas por força do artigo 18.º, n.º 3 que estatui: "As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial".

Como se pode ver, além dos requisitos acima enunciados, as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto, não podendo ser leis individuais ou mesmo leis gerais e concretas (*e.g.* leis-medida).

De igual modo, estas também não podem ter efeito retroactivo (*i.e.* que sejam aplicáveis a situações e relações já esgotadas), uma vez que, como bem aponta JORGE MIRANDA, "leis retroactivas envolveriam pessoas e actos determinados ou determináveis e, por conseguinte, não revestiriam carácter geral e abstracto e ofenderiam a confiança dos cidadãos." Quanto a este aspecto, o autor citado refere ainda que não podem, sequer, existir leis restritivas parcialmente retroactivas ou *retrospectivas* (*i.e.* que sejam aplicáveis a situações originadas no passado mas ainda não terminadas).⁸⁸

A respeito da aplicação das leis no tempo merece aqui ser feita referência a alguns princípios gerais de direito intertemporal, que poderão ser úteis para aferir a adequação da solução propugnada pela alteração legislativa em causa. O princípio geral e fundador do direito intertemporal dita que a aplicação das leis deve operar apenas para o futuro. Porém, como é sabido, este não é um princípio absoluto e encontra um dos seus limites, desde logo, no princípio da aplicação imediata das leis às situações jurídicas que se constituíram no passado mas que não estão ainda terminadas.

Neste mesmo sentido, Afonso Queiró afirma que "[a] lei administrativa nova aplica-se, em princípio, aos factos novos e efeitos deles decorrentes (isto é, aos factos e efeitos respectivamente verificados e produzidos depois da entrada em vigor dessa lei) e aos factos ou estados de facto de trato sucessivo cuja verificação ainda decorra ao entrar em vigor essa lei, sendo que, neste caso, ela se aplica aos efeitos que a partir da entrada em vigor dessa lei se vão produzindo"⁸⁹.

⁸⁸ Cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 163. Com uma posição mais moderada, veja-se GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 394.

⁸⁹ AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, pp. 520-521, I, polic., Coimbra, 1976.

Todavia, além dos referidos princípios, existe ainda um outro que assume especial relevo para o tema que nos ocupa, e que se traduz na ideia de que a aplicação de uma lei deve ter em conta o aspecto central da respectiva disciplina jurídica. Isto é, a manutenção da aplicação da lei antiga às situações jurídicas que se constituíram no seu âmbito de vigência será tanto mais justificada quanto mais nítida for a existência de uma relação *causal* entre o aspecto central da disciplina jurídica objecto de alteração e a constituição da situação jurídica em apreço. Assim, dado que as condições remuneratórias iniciais das PCH foram sem dúvida um elemento determinante para a respectiva decisão de investimento, tendo sido, consequentemente, decisivas para a constituição da situação jurídica dos titulares das PCH, à luz deste princípio de direito intertemporal justificar-se-ia que as alterações a um aspecto central (as condições remuneratórias) da disciplina jurídica da produção de electricidade a partir de FER produzissem efeitos apenas quanto às situações jurídicas a constituir no futuro, tal como foi decidido pelo legislador em 2005, 2007 e 2012.

Note-se ainda que, além do objecto da alteração operada pela lei nova ser um aspecto central da disciplina jurídica da produção de electricidade através de FER, o facto que originou a situação jurídica dos titulares das PCH – a decisão de investir na construção de uma PCH e proceder à sua exploração – é irreversível e esgotou-se no momento da sua realização, o que reforça a necessidade de salvaguardar a aplicação da lei antiga.

Adiante-se, desde já, a nossa posição quanto ao carácter retroactivo ou retrospectivo da alteração em causa. O DL n.º 35/2013 vem restringir um direito adquirido e consolidado na esfera dos titulares das PCH antes da sua entrada em vigor, pelo que os seus efeitos *jurídicos* retroagem a essa data. No entanto, poder-se-á contrapor a este raciocínio que, independentemente do momento de produção dos seus efeitos *jurídicos*, os efeitos *práticos* da alteração em causa ainda não se produziram, na medida em que os titulares das PCH ainda não sofreram o encurtamento do prazo (pelo que, em última análise, também não advém nenhum prejuízo desta retroactividade meramente jurídica).

Este raciocínio, porém, não está correcto. À semelhança dos efeitos *jurídicos*, os efeitos *práticos* do encurtamento já se verificaram. Neste momento, os titulares das PCH têm apenas direito a beneficiar da tarifa aplicável ao fim do período de 25 anos agora imposto. O que sucede é que o tempo ainda não alcançou o momento a partir do qual o impacto da restrição se fará sentir. Esta ideia torna-se clara quando pensamos da seguinte forma: passados 25 anos contados da data de atribuição da respectiva licença de exploração, os titulares das PCH passarão a ser remunerados de acordo com os preços de mercado, *porque*, precisamente,

ocorreu já, num momento anterior, uma alteração dos pressupostos de facto que impõe o término do prazo nessa data. Por outro lado, o valor pecuniário das PCH foi já afectado em virtude da alteração das suas condições remuneratórias. Com efeito, caso o titular de uma PCH pretenda agora proceder à sua venda ou oneração, naturalmente não conseguirá obter o mesmo preço ou valor nas circunstâncias actuais do que aquele que obteria pela venda da PCH ao abrigo das condições remuneratórias iniciais.

Atendendo aos contornos descritos, os efeitos da medida legislativa contida na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do DL n.º 35/2013, implicam aquilo que alguns autores descrevem como *retroactividade de segundo grau* (ou imperfeita), uma vez que, "embora os factos (a decisão de investimento e construção das PCH) se tenham produzido inteiramente ao abrigo da lei antiga, os seus efeitos continuam a produzir-se no domínio temporal da lei nova"⁹⁰.

Resta mencionar o último critério material imposto às leis restritivas, que consiste na *proibição de diminuição da extensão e do alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais* (n.º 3, *in fine*). Este critério levanta vários problemas que têm originado divergências entre a doutrina. O primeiro prende-se com a questão de saber qual é o objecto de protecção da norma, *i.e.*, se a norma protege o *conteúdo essencial* da garantia em termos gerais e abstractos (teoria do conteúdo essencial objectivo), ou se a norma protege o *conteúdo essencial* da posição jurídica e individual de cada cidadão, em termos individuais e concretos (teoria do conteúdo essencial subjectivo). Face à expressão "preceitos constitucionais", alguns autores sustentam que o *conteúdo essencial* aí referido é o de "direitos fundamentais como *bens jurídicos objectivos*"⁹¹.

Problema diverso consiste em saber se o *conteúdo essencial* deve ser aferido em termos absolutos ou relativos, ou seja, se o núcleo mínimo dos direitos fundamentais é sempre o mesmo, independentemente das situações concretas (*teoria do conteúdo mínimo absoluto*), ou se pelo contrário é um conteúdo relativo, que se pode descobrir caso a caso (*teoria do conteúdo mínimo relativo*).⁹² Alguns autores sustentam que nenhuma destas teorias serve satisfatoriamente o seu propósito, pelo que nesta árdua tarefa de descortinar, seja em abstracto, seja numa situação concreta, o que deve ser entendido por *conteúdo essencial*, deverá recorrer-se a teorias mistas que se complementam.

⁹⁰ ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS e CLOTILDE CELORICO PALMA, *O princípio da protecção da confiança legítima e da não retroactividade das normas tributárias em tempos de crise: o caso português*, p. 3149, Revista do Instituto de Direito Brasileiro, Ano 2 (2013), n.º 4, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

⁹¹ ⁹¹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 394.

⁹² Veja-se a este respeito a exposição de R. ALEXY, *ob. cit.*, p. 286 e ss. Entre nós, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 394 e ss.; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, pág. 163. Com uma opinião contrária à maioria da doutrina, v. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 779 e ss., Coimbra Editora, 2003.

Por fim, existe ainda quem defenda que a garantia do *conteúdo essencial* enquanto elemento útil e autónomo (face ao princípio da proporcionalidade *strictu sensu*) não passa de "uma mera proclamação e sinalização da dependência e vinculação do legislador ordinário e restantes poderes constituídos pelos direitos fundamentais, sendo também utilizável, já numa função sucessiva de fundamentação das decisões judiciais de controlo, como retórica argumentativa que não pode ir além da mera identificação com a própria lesão ou violação da norma jusfundamental."⁹³

Feita a exposição relativa à colisão de direitos e à restrição de direitos, liberdades e garantias, passar-se-á em seguida à consideração das implicações que o princípio da protecção da confiança poderá ter face à situação que nos ocupa.

VII. A protecção da confiança dos titulares das PCH e a (des)proporcionalidade das medidas impostas pelo Decreto-Lei n.º 35/2013, de 28 de Fevereiro

*"O tempo é para o Direito uma dimensão tão essencial quanto ambivalente. Por definição, o Direito tende para a continuidade: só ordena se for estável, ou se for dotado de alguma estabilidade. Mas só ordena eficazmente se souber responder à mudança. Assim, o tempo traz ao Direito uma demanda ambivalente: pede-lhe que permaneça e pede-lhe que mude."*⁹⁴ Esta afirmação da juíza constitucional MARIA LÚCIA AMARAL ilustra de forma exemplar a relação de constante tensão que se estabelece entre o tempo e o Direito.

O Homem tem a capacidade única de reconhecer a marca de um passado, perceber a existência de um presente e ansiar a perspectiva de um futuro⁹⁵. Esta consciência tridimensional torna-nos uma espécie ímpar, capaz de valorizar uma herança histórica e cultural, de ter consciência plena da nossa existência e de conciliar ensejos de um futuro comum. Desta capacidade resulta uma necessidade natural de planear o futuro, planeamento que é *"indubitavelmente um aspecto extremamente relevante na vida de todo e qualquer ser humano"*⁹⁶.

⁹³ JORGE REIS NOVAIS, *ob. cit.*, p. 799.

⁹⁴ MARIA LÚCIA AMARAL, *A protecção da confiança*, V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 21.

⁹⁵ Esta ideia é retirada de VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO, *O princípio da protecção da confiança - Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*, p. 2., Impetus, 2009

⁹⁶ VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO, *ob. cit.*, p. 2., Impetus, 2009.

A lei, enquanto elemento delimitador da vida social, tem de acompanhar a evolução dos tempos e reflectir adequadamente a realidade de cada momento, pelo que, a mutação da ordem jurídica configura um traço essencial à conformação da lei com o tempo. Porém, se é certo que deve adaptar-se constantemente à realidade, ela deve também permanecer e oferecer estabilidade à comunidade, pois só assim os homens poderão planear e desenvolver as suas vidas, sabendo de antemão as regras às quais estão sujeitos.

Esta ideia de permanência e estabilidade do ordenamento jurídico consubstancia um elemento nuclear de qualquer Estado de Direito. Como aponta GOMES CANOTILHO, "[o] princípio do estado de direito, densificado pelos princípios da segurança e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objectivo da ordem jurídica, a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjectiva dos cidadãos, legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas"⁹⁷.

Sendo a mudança um evento incontornável (como é), esta "não deve poder operar de qualquer modo: haverá que excluir, pelo menos, aquelas alterações que forem abruptas ou que forem levianas."⁹⁸. Esta exigência impõe-se, desde logo, sob o estandarte do princípio da segurança jurídica, na sua vertente objectiva, "do qual decorrem as exigências de determinabilidade das leis e dos demais actos estaduais, da publicidade desses actos e da proporcionalidade de todo o agir estadual"⁹⁹.

Paralelamente, é da vertente subjectiva do princípio da segurança jurídica que surge o princípio da protecção da confiança, de acordo com o qual se entende que as normas que concretizam o Direito devem oferecer aos seus destinatários uma medida razoável de segurança, permitindo que estes depositem a confiança necessária no ordenamento jurídico vigente. "A segurança e protecção da confiança exigem, no fundo (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos"¹⁰⁰. Ao adoptar o princípio da protecção da confiança, o Estado permite que o cidadão deposite uma confiança mais intensa nos actos do poder público, proporcionando um aumento considerável do nível de aceitação das decisões estaduais. Assim, "[a] resistência social aos comandos do Estado diminui e a maior adesão da população

⁹⁷ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Almedina, p. 259.

⁹⁸ MARIA LÚCIA AMARAL, *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público - A protecção da confiança*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 21.

⁹⁹ MARIA LÚCIA AMARAL, *ob. cit.*, p. 21.

¹⁰⁰ GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 257.

traz, por sua vez, mais certeza e estabilidade a esses atos e maior legitimidade para os agentes públicos. Além disso, um ordenamento jurídico que tem seu fundamento na confiança gera menos despesas para o Estado que aquele com alicerces apenas no controle e na punição”¹⁰¹.

A formulação conceptual originária da *protecção da confiança* nasceu na Alemanha por volta dos anos 60, altura em que o Tribunal Constitucional Federal Alemão a definiu como "um princípio constitucional, ínsito na ideia de Estado de direito, que postula que o cidadão possa prever as intervenções possíveis do Estado na sua esfera jurídica e tomar, tendo em conta essa previsão, as disposições adequadas; que o cidadão deve poder confiar que o seu comportamento, conforme ao Direito em vigor, permanecerá reconhecido como tal pela ordem jurídica com todas as consequências que lhe estavam originariamente associadas"¹⁰². Deste modo, "será em princípio constitucionalmente proibido que o Estado desvalorize as posições jurídicas dos destinatários dos seus actos sempre que estes últimos tenham razões válidas para esperar a não alteração do Direito que lhes era aplicado"¹⁰³.

O princípio da confiança, enquanto princípio constitucional decorrente do conceito de Estado de Direito, abrange todas as formas de actuação estadual, sendo assim aplicável ao poder executivo, judicial e legislativo. No que respeita a actuação administrativa e judicial este princípio é simultaneamente "fonte de direito e critério de interpretação". Ou seja, em regra, "quando vincula os poderes administrativo e judicial, o princípio aparecerá acolhido pela lei ordinária, e portanto, de algum modo, vertido em texto legislativo". Mas, naturalmente, isso não se verifica quando o mesmo vincula o legislador. "Aí, o princípio não terá assento textual expresso (para além daquele que a Constituição confere ao princípio de Estado de Direito), pelo que o seu conteúdo só poderá ser construído jurisprudencialmente."¹⁰⁴ Nesta medida, o estudo da jurisprudência assume um papel central para a descoberta do conteúdo e alcance do princípio da confiança em relação ao exercício do poder legislativo.

Foi no começo dos anos 90 que o Tribunal Constitucional português desenvolveu o princípio da confiança e apurou a formulação que depois se viria a consolidar na jurisprudência nacional. De acordo com o Tribunal Constitucional, o princípio da confiança é violado quando haja uma afectação, em sentido desfavorável, que seja "inadmissível,

¹⁰¹ VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO, *ob. cit.*, p. 240.

¹⁰² *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 13, p. 271. Decisão datada de 19 de Dezembro de 1961. Tradução de MARIA LÚCIA AMARAL.

¹⁰³ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 13, p. 271. Decisão datada de 19 de Dezembro de 1961. Tradução de MARIA LÚCIA AMARAL.

¹⁰⁴ MARIA LÚCIA AMARAL, *ob. cit.*, p. 22.

arbitrária ou excessivamente onerosa de expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos"¹⁰⁵.

Segundo a jurisprudência uniformizada nos últimos anos, "o princípio da confiança será fundamento autónomo de censura constitucional de uma lei" quando (i) a lei introduz uma alteração do ordenamento jurídico que afecta, em sentido desfavorável, as expectativas dos seus destinatários; (ii) estes últimos não podiam razoavelmente contar com a alteração; (iii) e esta não foi ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes face aos direitos ou interesses afectados. Para a apreciação deste último requisito – ponderação da prevalência entre os direitos ou interesses em confronto – deve recorrer-se "ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdade e garantias, no n.º 2.º do artigo 18.º da Constituição"¹⁰⁶. Sempre que estejam reunidos os requisitos enunciados verificar-se-á a inconstitucionalidade de um acto legislativo, fundada na violação do princípio da confiança.

Mais tarde, o Tribunal Constitucional veio desenvolver a metodologia aplicável à ponderação das expectativas dos particulares *versus* os motivos subjacentes a uma alteração legislativa. Esta metodologia é composta por quatro requisitos "cumulativos que aparecem ordenados segundo um grau crescente de precisão."¹⁰⁷ Conforme nota MARIA LÚCIA AMARAL, à semelhança do que acontece com o princípio da proporcionalidade em sentido geral, a não verificação de um requisito ordenado em primeiro lugar dispensa a análise dos restantes. De acordo com esta metodologia "para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da confiança é necessário, **em primeiro lugar**, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados expectativas de continuidade; **depois**, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas ou fundadas em boas razões; **em terceiro lugar**, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do comportamento estadual; **por último**, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa".¹⁰⁸

Feita esta exposição sobre os critérios estruturais do princípio da confiança, passemos agora a uma análise deste princípio à luz da situação dos consumidores e dos titulares das PCH.

¹⁰⁵ Cf., entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 287/90, 303/90, 625/98 e 634/98.

¹⁰⁶ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 287/90, fundamento 28.

¹⁰⁷ MARIA LÚCIA AMARAL, *ob. cit.*, p. 25.

¹⁰⁸ Ac. do Tribunal Constitucional n.º128/2009, fundamento 8.2.

i. Alteração do ordenamento jurídico que afecta, em sentido desfavorável, as expectativas dos seus destinatários

Antes da entrada em vigor do DL n.º 35/2013, os titulares das PCH beneficiavam de um regime remuneratório mais favorável do que aquele veio a ser instituído pelo DL n.º 33-A/2005 e pelos diplomas que lhe sucederam, regime esse disciplinado pelo disposto no DL n.º 189/88, com a redacção que lhe foi conferida pelos DL n.ºs 168/99 e 339-C/2001.

A decisão tomada pelos titulares das PCH de construir e explorar estes empreendimentos fundou-se nas condições remuneratórias vigentes à data do investimento, designadamente na (i) garantia de remuneração da electricidade produzida pelas PCH de acordo com a fórmula de cálculo das tarifas prevista no DL n.º 189/88, com a redacção que lhe foi conferida pelos DL n.ºs 168/99 e 339-C/2001, (ii) que seria aplicável durante o prazo de validade dos respectivos títulos de utilização do domínio hídrico público. Conforme referimos anteriormente, as autorizações de utilização da água para a produção de energia eléctrica detidas por uma parte significativa dos titulares das PCH consistem em *licenças* de utilização do domínio público hídrico, cujo prazo de validade é de 35 anos.¹⁰⁹

Com a publicação do DL n.º 35/2013, a segunda condição acima mencionada foi substancialmente alterada. Com efeito, o prazo durante o qual os titulares das PCH tinham direito a receber a tarifa correspondente foi reduzido, passando a ser de 25 anos a contar da data de atribuição da licença de exploração das PCH, por oposição a um prazo de 35 anos, correspondente ao prazo de validade das licenças de utilização do domínio hídrico público.

Atendendo ao efeito redutor do prazo de benefício da tarifa que o artigo 3.º, n.º 1, alínea a) do DL n.º 35/2013 acarreta, podemos, desde já, concluir que a situação em apreço preenche o primeiro requisito exigido para que as expectativas dos privados sejam merecedoras de tutela constitucional: o artigo 3.º, n.º 1, alínea a) do DL n.º 35/2013, ao reduzir o prazo durante o qual os titulares das PCH tinham direito a receber a tarifa correspondente, concretiza uma mudança na ordem jurídica que afecta, em sentido desfavorável, as expectativas dos titulares das PCH.

¹⁰⁹ O critério a partir do qual se contam os 35 anos varia consoante as licenças, podendo consistir no momento em que é concluída a vistoria à instalação, o momento em que começa a utilização da água para o fim autorizado ou ainda a data de emissão da licença.

ii. *Uma alteração com a qual os seus destinatários não podiam, razoavelmente, contar?*

Este requisito assume contornos especiais quando está em causa a protecção da confiança face a um acto legislativo. Como dissemos atrás, se por um lado o ordenamento jurídico deve ser estável, sabemos também que este não pode (nem deve) ser imutável, e por isso a lei consiste, por definição, num instrumento constantemente sujeito a alterações.

A este respeito vale a pena citar o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 287/90, que afirma, no seu fundamento 28: *"Não há, com efeito, um direito à não frustração de expectativas jurídicas ou a manutenção do regime legal em relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados. Ao legislador não está vedado alterar o regime do casamento, do arrendamento, do funcionalismo público (...). Cabe saber se se justifica ou não na hipótese da parte dos sujeitos de direito ou dos agentes, um «investimento na confiança» na manutenção do regime legal (...)"*.

Face as estas afirmações, devem ter-se presentes dois aspectos particularmente relevantes da situação sobre a qual nos debruçamos.

O primeiro prende-se com a natureza do investimento na construção e exploração das PCH. De um ponto de vista económico, este tipo de investimentos tem associada uma perspectiva de amortização e remuneração que será concretizada a médio / longo prazo, o que pressupõe a estabilidade dos factores económicos e financeiros com base nos quais foi tomada a decisão de investimento. Efectivamente, a determinação prévia das condições remuneratórias aplicáveis aos projectos em causa consubstancia um alicerce fundamental para as previsões de amortização e remuneração do investimento projectado, as quais influenciam determinadamente a opção de avançar (ou não) com a construção e exploração de uma PCH. A expectativa de manutenção do direito às condições remuneratórias iniciais é, deste modo, uma expectativa extremamente vinculada, uma vez que a alteração dessas condições pode afectar substancialmente as projecções de investimento realizadas e dificultar a recuperação e remuneração do investimento. Acresce ainda que, não raras vezes, os investidores recorrem a mecanismos de financiamento com vista ao desenvolvimento do projecto, assumindo obrigações de restituição e remuneração de capital perante os seus credores, que poderão também ser afectadas adversamente pela alteração *a posteriori* das condições remuneratórias iniciais.

Nesta medida, atendendo à natureza dos investimentos e ao modelo de negócio que lhes subjaz, justifica-se *um investimento na confiança* na manutenção do direito que inicialmente cabia aos titulares das PCH.

O segundo aspecto relevante para o caso prende-se com as várias alterações legislativas que foram feitas ao regime remuneratório da energia produzida por pequenas centrais hídricas, e que, não obstante, ressalvaram sucessivamente o regime remuneratório inicial das PCH.

A primeira alteração, em sentido desfavorável, feita ao regime remuneratório das PCH foi concretizada pelo DL n.º 33-A/2005, que veio introduzir um limite máximo de 25 anos (incluindo prorrogações) ao prazo durante o qual os titulares das pequenas centrais hídricas teriam direito a receber a tarifa. Este momento assume uma importância central para o tema em análise. É na elaboração do DL n.º 33-A/2005 que, perante o entendimento de que as condições remuneratórias da produção de energia eléctrica através de FER teriam de ser revistas, e tendo consciência de que essa revisão se traduziria na aplicação de um regime remuneratório menos vantajoso do que o existente até à data, o legislador opta deliberadamente por proteger a confiança dos titulares das PCH através da previsão de uma disposição transitória que os exclui expressamente do âmbito de aplicação das alterações do DL n.º 33-A/2005¹¹⁰. Esta decisão terá compreendido, com grande probabilidade, um juízo do legislador quanto à necessidade de tutela da confiança dos investidores, juízo que, hipoteticamente, terá conduzido à criação desta excepção e consequente manutenção das condições remuneratórias iniciais.

Por outro lado, esta opção tomada pelo legislador constitui um dado incontornável para responder à questão de saber se os titulares das PCH, afinal, podiam (ou não), razoavelmente, contar com esta alteração legislativa. O facto de o legislador, em 2005, ter concedido um direito à manutenção das condições remuneratórias que eram aplicáveis aos titulares das PCH, é, no nosso entender, bastante para se concluir que os destinatários da alteração introduzida pelo artigo 3.º, n.º 1, alínea a) do DL n.º 35/2013 não podiam, razoavelmente, contar com ela.

Mas existem ainda outros elementos que reforçam de sobremaneira o entendimento expresso no parágrafo anterior e às quais já nos referimos noutro capítulo. Com efeito, apenas dois anos mais tarde, o DL n.º 225/2007 veio alterar o regime remuneratório introduzido pela redacção do DL n.º 33-A/2005, procedendo, inclusive, à republicação do Anexo II. Além

¹¹⁰ Cf. artigo 4.º, n.ºs 1 e 3 do DL n.º 33-A/2005.

destas alterações, este diploma alterou ainda a redacção **do artigo 4.º do DL n.º 33-A/2005** (onde se incluíam as disposições transitórias que ressaltaram as condições remuneratórias iniciais dos titulares das PCH), mantendo, não obstante, inalterados os n.ºs 1 e 3 deste artigo, precisamente os dispositivos que continham essa ressalva. Assim, pela segunda vez, mas não a última, o legislador confirmou a salvaguarda originariamente concedida pelo DL n.º 33-A/2005.

Finalmente, no ano de 2012, menos de um ano antes da entrada em vigor do DL n.º 35/2013, e já sob a direcção do XIX Governo Constitucional actualmente em funções, o legislador vem revogar o DL n.º 189/88 e, simultaneamente, salvaguardar novamente, de forma expressa, o direito dos titulares das PCH a beneficiarem das suas condições remuneratórias iniciais, conforme se pode constatar pela interpretação conjugada dos artigos 14.º e 15.º do DL n.º 215-B/2012.

Assim, considerando (i) a natureza dos investimentos em causa e (ii) as repetidas salvaguardas feitas pelo legislador, a alteração legislativa concretizada pelo DL n.º 35/2013 afigura-se, no mínimo, **imprevisível**. É indiscutível que os titulares das PCH não podiam, **razoavelmente**, contar com a alteração operada pelo DL n.º 35/2013, preenchendo-se assim o segundo requisito de aplicação do princípio da protecção da confiança.

Segundo o entendimento do Tribunal Constitucional, perante uma afectação de expectativas (ou de direitos, como sucede no caso vertente) "*com que não se possa razoavelmente contar - por ser extraordinariamente onerosa e excessiva - deve concluir-se pela inconstitucionalidade*"¹¹¹ da norma em causa. Todavia, não estamos ainda em posição de formar um juízo conclusivo quanto à (des)conformidade desta alteração com o princípio da segurança jurídica e da confiança e da boa-fé dos cidadãos.

iii. A alteração legislativa foi ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, que devam considerar-se prevaletentes em relação aos direitos que vem afectar?

Procurar-se-á agora determinar se esta alteração foi (ou não) ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, que devam considerar-se prevaletentes em relação ao direito dos titulares das PCH. Será, porém, difícil de alcançar uma conclusão segura quanto a este requisito. Para que pudesse ser dada uma resposta

¹¹¹ Cf. fundamento 30 do Acórdão n.º 287/90 do Tribunal Constitucional.

definitiva a este confronto seria necessário analisar, caso a caso, os prejuízos causados pela redução do prazo consagrada pela alteração legislativa e, por oposição ao interesse público que a mesma visa prosseguir, formar um juízo sobre a sua proporcionalidade, designadamente quanto à sua adequação, necessidade e equilíbrio. Porém, uma vez que não dispomos da informação necessária para esse efeito, tal não se afigura possível.

Podemos, todavia, enunciar os factores susceptíveis de determinarem o "peso" que deve ser dado ao interesse público subjacente à medida em causa, e o "peso" do direito dos titulares das PCH.

Como já sublinhámos, para que possamos fazer um juízo quanto à existência de um interesse público que deva prevalecer sobre o direito dos titulares das PCH deve recorrer-se ao princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, que se desdobra nas suas três célebres vertentes: (i) a *adequação*, (ii) a *necessidade* e o (iii) *equilíbrio* (ou proporcionalidade *strictu sensu*).

No caso em apreço, é a terceira vertente, a da proporcionalidade em sentido restrito, aqui entendida como princípio da "justa medida", que nos merece uma atenção mais cuidada. Com esta vertente procura-se saber "se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à «carga coactiva» da mesma"¹¹². Para isso, devemos analisar os meios utilizados (*i.e.*, o encurtamento do prazo) e os fins visados (*i.e.* a protecção dos interesses económicos dos consumidores) e "avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim."¹¹³ Trata-se, essencialmente, de "pesar as **desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.**" (destaque nosso).

De acordo com JORGE MIRANDA, a proporcionalidade *strictu sensu* impõe também que "(...) o órgão competente proceda a uma correcta avaliação **em termos quantitativos** (e não só qualitativos); que a providência não fique aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido – nem mais, nem menos"¹¹⁴ (destaque nosso). Nesta conformidade, importa também determinar, em termos *quantitativos*, quais os impactos desta medida para os consumidores e para os titulares das PCH.

Começar-se-á por determinar em que medida se traduz o "alívio da factura energética" dos consumidores. Para esse efeito, tomaremos em consideração dois factores (i) o montante (máximo) de redução de custos estimado pelo Governo, que é de 250 milhões de euros, e (ii)

¹¹² GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Almedina, p. 270.

¹¹³ GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 270.

¹¹⁴ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra Editora, 2000, p. 207.

o número de consumidores que existem actualmente em Portugal e que suportam os custos relativos à produção em regime especial (regime onde se insere a produção de energia eléctrica pelas PCH)¹¹⁵.

De acordo com os dados reais mais recentes da ERSE, em 2011 existiam em Portugal 5.950.446¹¹⁶ (cinco milhões, novecentos e cinquenta mil e quatrocentos e quarenta e seis) consumidores que suportam os custos com a produção de electricidade em regime especial. Feita a divisão do montante total máximo da redução de custos estimada (250 milhões de euros) pelo número total de consumidores (5.950.446), é possível apurar, em termos quantitativos, o benefício económico total obtido por cada consumidor em resultado do encurtamento do prazo de que beneficiavam os titulares das PCH. Assim, verifica-se que a medida em causa representa, para cada consumidor, uma poupança total na ordem dos 40 €.¹¹⁷

Uma vez que a poupança de 250 milhões de euros é alcançada por meio de uma redução do prazo durante o qual os titulares das PCH teriam direito a receber a tarifa, e atendendo a que a redução média corresponde a um encurtamento desse prazo em sensivelmente 10 anos, a poupança de cada consumidor seria obtida de forma diluída ao longo desses 10 anos. Como tal, este encurtamento do prazo traduz-se numa poupança anual no orçamento familiar dos consumidores de 4 euros, o que, dividido por 12 meses, representa uma poupança mensal de 0,33 €. Tomando por referência o valor médio de uma factura mensal de electricidade de 25 €, ¹¹⁸ o encurtamento do prazo imputado às PCH representa, em termos proporcionais, uma redução na factura de electricidade de **1,33 %** do seu custo total.

Passemos agora à determinação do impacto da medida em causa para os titulares das PCH. Como se fez notar, não é possível determinar o montante pecuniário dos prejuízos causados a cada um dos titulares. Não obstante, estima-se que o encurtamento médio do prazo de benefício da tarifa para os titulares das PCH se cifra num período de 10 anos. Tomando por base este pressuposto e feita uma regra de 3 simples, concluímos que esta medida se traduz num encurtamento médio do prazo correspondente a 29% da sua totalidade. Ou seja, os titulares das PCH sofrem um encurtamento de quase 1/3 deste prazo.

¹¹⁵ Os custos relativos à electricidade produzida em regime especial são suportados apenas pelos consumidores com uma potência contratada superior a 2,3kVA e inferior ou igual a 41,4 kVA.

¹¹⁶ Este valor foi apurado através da soma do n.º de consumidores com uma potência contratada superior a 2,3kVA e inferior ou igual a 41,4 kVA, com base nos valores constantes do quadro 2-9 (p. 16) apresentado no documento disponível em <http://www.erse.pt/pt/electricidade/tarifaseprecos/2013/Documents/Caracteriza%C3%A7%C3%A3o%20Procura%20EE%202013%20%28FINAL%29.pdf>

¹¹⁷ Este montante foi arredondado por excesso.

¹¹⁸ Valor de referência calculado pela agência LUSA, retirado da notícia de 12.08.2011, disponível em http://www.dn.pt/inicio/economia/interior.aspx?content_id=1951043. Consultado em 06.08.2013.

As "operações matemáticas" que acabámos de realizar oferecem uma noção, em termos genéricos, do benefício e do prejuízo proporcional que decorre do encurtamento do prazo para cada uma das partes. Em suma, os consumidores colhem um benefício que se traduz na redução de **1,33% do preço da sua factura mensal**, ao passo que os titulares das PCH sofrem, em média, uma redução de **29% do período total** durante o qual teriam direito a beneficiar da tarifa que lhes era aplicável.

O critério quantitativo acima apresentado denota uma significativa desproporção entre os benefícios colhidos e os prejuízos sofridos, todavia não pode servir para, sem mais, se concluir que a medida em causa é desproporcionada. De facto, a este raciocínio poder-se-á opor que, considerando as grandes diferenças de dimensão do conjunto de consumidores (na ordem dos milhões) e do conjunto de titulares de PCH (na ordem das dezenas), este resultado não causa grande surpresa.

Mas existe ainda uma outra dimensão (quantitativa) do prejuízo imposto aos titulares das PCH que deve ser considerada. O principal critério para aferir a proporcionalidade deste encurtamento do prazo deve consistir numa comparação entre (i) a dimensão do **sobrecusto total que é imputável às PCH** (que corresponde, secundariamente, à dimensão do sobrecusto total que estas representam para os consumidores) e (ii) a dimensão do sacrifício que lhes é exigido.

Segundo a ERSE, o peso do custo originado por todas as pequenas centrais hídricas no custo total da PRE (e que é portanto, superior ao custo verdadeiramente originado apenas pelas PCH) corresponde a aproximadamente 5%. Por outras palavras, do total de custos relacionados com a PRE suportados pelos consumidores, apenas 5% correspondem a custos gerados pela produção de energia eléctrica através de pequenas centrais hídricas.¹¹⁹ Por oposição, o sacrifício exigido aos titulares das PCH corresponde a 29%, quase cinco vezes mais do que o encargo que as pequenas centrais hídricas representam para os consumidores.

De outra perspectiva, no total da factura média de electricidade (25 €) as PCH representam apenas **0,36%** desse montante, ou seja, 0,09 €¹²⁰. Isto significa que, embora o custo mensal das PCH suportado pelos consumidores seja de apenas 0,36 % do valor total da sua factura, o sacrifício exigido aos titulares das PCH corresponde a uma redução do período de vigência das suas condições remuneratórias de 29%, sacrifício que, como se pode ver, é

¹¹⁹ Esta informação baseia-se na figura 6-3 apresentada na página 82 do documento da ERSE intitulado *Proveitos permitidos das empresas reguladas do sector eléctrico em 2013*. Em anexo juntamos a aludida página do documento.

¹²⁰ Nos Anexos II e III à presente tese de mestrado facultamos os elementos utilizados para os calcular os valores apresentados, bem como uma explicação dos cálculos efectuados.

astronomicamente superior ao encargo que efectivamente as PCH representam para os consumidores.

Hipoteticamente, assumindo que o período de 10 anos subtraído aos titulares das PCH não apresentaria desvios significativos¹²¹ face aos 25 anos anteriores, poder-se-á dizer que a redução do período remuneratório se traduz, aproximadamente, num corte de 29% da remuneração que originariamente os investidores estimaram vir obter com a exploração das PCH.

Tem-se consciência de que os cálculos agora apresentados poderão não contemplar todas as variáveis relevantes para cada caso concreto (embora à luz da investigação desenvolvida, se estime que os resultados apurados não estejam muito afastados da realidade). Não obstante, e em linha com o que se advertiu anteriormente, a presente dissertação pretende apenas fazer uma avaliação, necessariamente geral, quanto à questão de saber se a alteração introduzida pelo artigo 3.º, n.º 1 do DL n.º 35/2013, à luz do princípio da confiança, é susceptível de constituir uma afectação *inadmissível, arbitrária ou excessivamente onerosa* do direito dos titulares das PCH a beneficiarem das suas condições remuneratórias iniciais. Neste contexto, e para efeitos de ponderação da proporcionalidade desta medida, os cálculos desenvolvidos têm a utilidade de oferecer uma percepção quantitativa, ainda que aproximada, dos benefícios e dos prejuízos que a mesma implica.

Para efeitos do critério sobre o qual nos debruçamos, deverá também ter-se em atenção que as condições remuneratórias iniciais dos titulares das PCH tiveram origem em motivações como (i) a redução da dependência energética, (ii) a promoção e o incentivo de uma maior e melhor utilização dos recursos endógenos renováveis, (iii) a protecção do ambiente e (iv) a redução dos níveis de emissões de CO₂, tendo em vista o cumprimento das metas estabelecidas nesta matéria a nível comunitário.

Se é certo que a defesa dos interesses económicos dos consumidores se reveste de interesse público, como acima se sustentou, é igualmente notório que os propósitos a que agora se faz referência servem, cada qual de sua forma, o interesse público dos cidadãos. De resto, os preâmbulos dos vários diplomas que vieram, ao longo do tempo, alterar as condições remuneratórias das tecnologias de produção que utilizam FER confirmam inequivocamente os fundamentos de interesse público que levaram à sua consagração.

¹²¹ Designadamente quanto à pluviosidade ou às horas médias de produção das PCH.

Adicionalmente, importa lembrar que, no caso em apreço, o que é afectado pela alteração legislativa operada pelo DL n.º 35/2013, no que respeita às PCH, é um direito dos respectivos titulares, não apenas uma mera expectativa. Como é evidente, esta circunstância reforça a necessidade de tutela dos seus interesses à luz do princípio da confiança, conferindo à sua situação um "peso" acrescido, que não poderá deixar de ser tido em conta para a determinação da protecção merecida pela confiança depositada pelos titulares das PCH. Isto mesmo foi já reconhecido pelo Tribunal Constitucional que afirmou que os "apertados critérios" que aferem a aplicabilidade do princípio da confiança "foram estabelecidos para situações em que os cidadãos detinham apenas **meras expectativas legítimas**, sendo obviamente **distinta** a situação quando estejamos perante situações **de direitos já completamente formados, e ainda mais, direitos já exercitados**"¹²² (destaque nosso).

Acresce ainda que, como se deixou antever, no caso concreto estamos perante uma lei que introduz uma restrição com efeitos retroactivos. Ora, o facto de estarmos perante um direito já completamente formado, exercitado e consolidado, que posteriormente é retroactivamente modificado, reforça também, substancialmente, a necessidade de tutela do direito dos titulares das PCH ao abrigo do princípio da protecção da confiança.

Apurado, de um lado, o interesse inerente à alteração legislativa objecto de análise, de outro, a situação dos titulares das PCH, designadamente o direito que lhes assistia e que foi substancialmente modificado, resta responder à interrogação apresentada por este terceiro critério integrante do princípio da confiança – *afinal, existe ou não, neste caso, a necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalecentes face aos direitos ou interesses afectados?*

Como vimos, em termos quantitativos, a alteração legislativa em causa traduz-se numa parca protecção dos interesses económicos dos consumidores. A redução da factura mensal de energia eléctrica é muito limitada – apenas 1,33% face ao seu valor médio de 25€ (de outro prisma, uma poupança de 40€, diluída ao longo de 10 anos...). Por outro lado, em termos gerais, o sacrifício imposto aos titulares das PCH revela-se substancial, na medida em que representa uma redução de 29% do período remuneratório inicialmente concedido pelo legislador, o que podemos adivinhar terá impactos económicos e financeiros apreciáveis.

Ainda na perspectiva dos titulares das PCH, a onerosidade do sacrifício que lhes é imposto manifesta-se com especial acuidade quando contraposto com o encargo que os seus

¹²² Cf. fundamento 2.2 do Ac. do Tribunal Constitucional n.º 158/2008.

centros electroprodutores representam para os consumidores na sua factura média mensal de electricidade (os custos da PRE representam 22% da factura, dos quais 5% são relativos às PCH, o que significa que as PCH tem um peso ínfimo de 0,36 % do custo total da factura média mensal).

Atendendo a tudo quanto ficou dito ao longo desta reflexão, parece-nos que os efeitos da medida em causa padecem de um claro desequilíbrio entre o sacrifício que é imposto aos titulares das PCH e o benefício retirado pelos consumidores. Isto é, as desvantagens que decorrem do encurtamento do prazo durante o qual os titulares das PCH teriam direito a beneficiar da tarifa aplicável são desproporcionadas face às vantagens do fim, a redução da factura energética suportada pelos consumidores. Assim, existem fundamentos para sustentar que esta medida não respeita a exigência decorrente do princípio da proporcionalidade em sentido restrito, pelo que também o terceiro requisito do princípio da confiança se encontra preenchido – ausência de um interesse público que deva prevalecer sobre os direitos afectados por esta alteração legislativa.

Feito este percurso já vimos que (i) o legislador encetou "*comportamentos capazes de gerar nos privados expectativas de continuidade*", (ii) essas expectativas (leia-se, direitos) são "*legítimas, justificadas ou fundadas em boas razões*", (iii) os titulares das PCH fizeram, sem margem para dúvidas, "*planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do comportamento estadual*", e (iv) feito o nosso juízo, não se vislumbram "*razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa*."

Concluída esta análise e reunidos os requisitos necessários para que seja aplicado o princípio da confiança, a afectação de direitos ocorrida no caso vertente é susceptível de ser considerada *excessivamente onerosa*, podendo, conseqüentemente, ser declarada inconstitucional com fundamento na violação do princípio da confiança, ínsito no princípio de Estado de Direito consagrado no artigo 2.º da CRP.

VIII. Considerações finais

O excursu efectuado e as conclusões alcançadas na presente dissertação não visam argumentar que o direito dos titulares das PCH esteja totalmente imune a restrições operadas por via legislativa. Sucede apenas que, nos termos em que foi preconizada, a mesma não é

compatível com as exigências que decorrem dos princípios (da protecção) da propriedade privada e da protecção da confiança, ínsito na ideia de Estado de Direito democrático.

Atendendo à desproporcionalidade da medida contida no artigo 3.º, n.º 1, alínea a) do DL n.º 35/2013, conclui-se que a resposta à questão que se impunha no âmbito do tema da restrição de direitos, liberdades e garantias é a de que a restrição legislativa operada ao direito dos titulares das PCH deve ser tida como inconstitucional, porque violadora do artigo 18.º da CRP, em especial dos seus n.ºs 2 e 3, configurando deste modo uma restrição de um direito fundamental (de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias) contrária às exigências impostas pela Lei Fundamental. Assim, a desconformidade constitucional resultante da norma do artigo 3.º, n.º 1, alínea a) do DL n.º 35/2013 abrange tanto a violação do princípio da tutela do direito de propriedade privada consagrado no artigo 62.º da CRP, como do princípio da protecção da confiança, contido no artigo 2.º da CRP, princípios fundamentais do regime económico e social do País e da União Europeia¹²³.

Importa, aliás, notar que a importância prática para a actividade económica e empresarial da tutela das situações jurídicas em causa e de outras semelhantes assume uma relevante projecção internacional¹²⁴, sendo inibidora da atracção de investimento estrangeiro, em particular pela quebra de confiança que este tipo de medidas evidencia e que não é própria de um Estado de Direito democrático de base europeia.

Por fim, resta sublinhar um aspecto que se afigura essencial e que se prende com a ausência de previsão de um regime transitório destinado a atenuar os impactos da alteração das condições remuneratórias aplicáveis às PCH. Perante a necessidade de estabelecer uma nova disciplina jurídica aplicável à remuneração da energia eléctrica produzida pelas PCH, o legislador poderia ter estabelecido um regime transitório que acomodasse a protecção dos interesses económicos dos consumidores e introduzisse as alterações necessárias em termos que respeitassem as exigências que resultam do princípio da proporcionalidade. Efectivamente, não se descortina o motivo pelo qual esse esforço de previsão de normas transitórias satisfatórias, destinadas a conciliar "as questões de segurança jurídica com o imperativo de promoção de sustentabilidade do SEN"¹²⁵, não foi levado a cabo no que respeita às PCH e, ao invés, para os centros electroprodutores eólicos não só foram delineados

¹²³ No que respeita à tutela da propriedade, cf. artigo 1.º do Protocolo adicional à Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, celebrado em Paris em 20.03.1952, e artigo 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Quanto à protecção da confiança, cf. artigo 2.º do Tratado da União Europeia.

¹²⁴ Tenha-se aliás presente que a nível mundial os investimentos no sector energético assentam nos princípios assinalados, que são normalmente vertidos inclusive em tratados internacionais bilaterais ou multilaterais, como é o caso do Energy Charter Treaty.

¹²⁵ Cf. Preâmbulo do DL n.º 35/2013

vários regimes remuneratórios alternativos, como se procurou "a concordância individual da generalidade dos promotores abrangidos"¹²⁶.

Em suma, como afirma prudentemente MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO "o legislador, aquando da adopção de uma nova disciplina jurídica, não se encontra perante a alternativa de conservar as posições jurídicas já constituídas ou apenas privar delas os respectivos titulares mediante uma indemnização; no âmbito da sua tarefa de determinação do conteúdo e limites da propriedade, pode modificar, através de um regime transitório adequado, posições jurídicas individuais, quando existam, razões assentes no bem comum que devem prevalecer sobre a legítima confiança na estabilidade de direitos adquiridos."

A criação de normas transitórias configura um instrumento fundamental para a optimização das mudanças legislativas necessárias que, além de cumprir as exigências do princípio da concordância prática, é capaz de criar um equilíbrio não apenas aceitável, mas sobretudo desejável, sempre que existam situações jurídicas em confronto.

¹²⁶ Cf. Preâmbulo do DL n.º 35/2013

IX. Referências bibliográficas e fontes utilizadas

AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, I, polic., Coimbra, 1976;

ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS e CLOTILDE CELORICO PALMA, *O princípio da proteção da confiança legítima e da não retroatividade das normas tributárias em tempos de crise: o caso português*, Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Ano 2 (2013), n.º 4, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1.º Volume, 2.ª Edição, 1990;

CARLA AMADO GOMES, *O regime jurídico da produção de electricidade*, Cadernos O Direito - Temas de Direito da Energia, Edições Almedina, S.A;

EDUARDO DE OLIVEIRA FERNANDES, Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Economia, *Energia Portugal 2001*, editado pela Direcção Geral de Energia, 2002;

JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2000;

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005;

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2010;

JORGE REIS NOVAIS, *As restrições não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2003;

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003;

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MARTINS MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 2007;

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 125, n.º 3823;

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Almedina;

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A violação da Garantia Constitucional da Propriedade por Disposição Retroactiva*, Revista dos Tribunais, ano 91, n.º 1883, 1884 e 1885, Julho, Outubro e Novembro de 1973;

MARIA LÚCIA AMARAL, *A protecção da confiança*, V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Propriedade Privada: entre o privilégio e a liberdade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Setembro 2010;

PAULO ADELINO PESQUEIRA LOPES DA ROCHA, *A avaliação do sistema tarifário português na perspetiva de incentivo à eficiência energética*, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, 2012.

ROBERT ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1997;

VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO, *O princípio da proteção da confiança - Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*, Impetus, 2009;

<http://www.erse.pt/pt/Paginas/home.aspx>

<http://www.dgeg.pt/>

<http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/primeiro-ministro/secretarios-de-estado/secretario-de-estado-adjunto-do-primeiro-ministro/documentos-oficiais/memorandos.aspx>

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

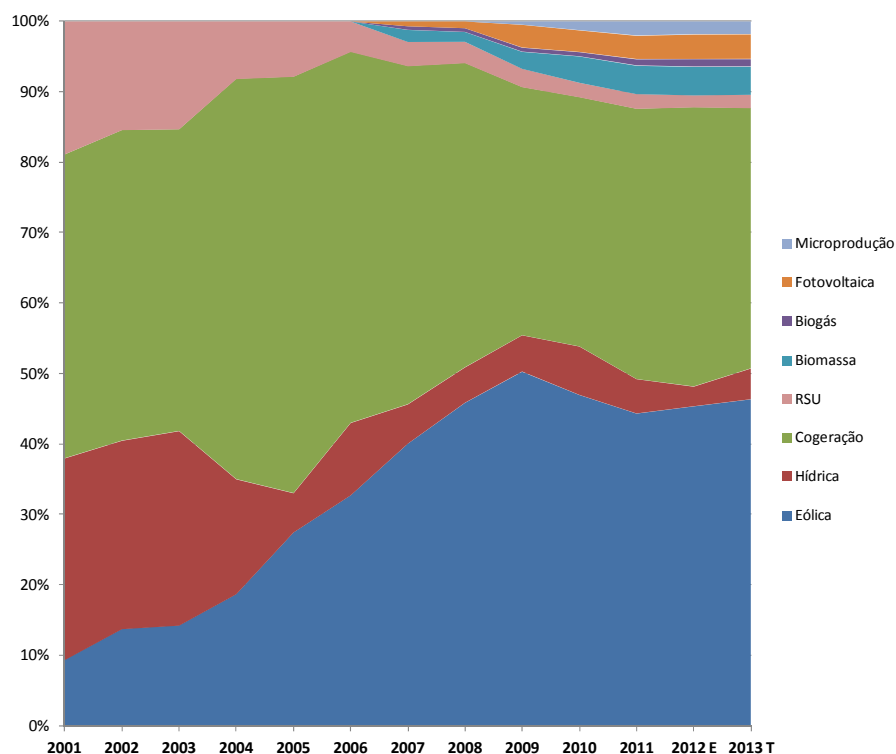
<http://dre.pt/>

ANEXOS

ANEXO I

"PROVEITOS PERMITIDOS DAS EMPRESAS REGULADAS DO SECTOR ELÉTRICO EM 2013", ENTIDADE
REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS, P. 82., 2013.

Figura 6-3 - Peso de cada tecnologia no custo total da PRE



CUSTO MÉDIO DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA FORNECIMENTO DOS CLIENTES

Os pressupostos subjacentes ao custo médio de aquisição energia elétrica para fornecimento dos clientes de 62,0€/MWh, previsto para 2013, estão apresentados no ponto 2.3.

6.1.2 AJUSTAMENTOS

Para além dos proveitos permitidos do ano são ainda recuperados por esta atividade os seguintes ajustamentos:

1. Os ajustamentos por aplicação da tarifa de Energia em 2011.
2. O ajustamento da aditividade tarifária de 2011.
3. O ajustamento provisório da atividade de Compra e Venda de Energia Elétrica, referente ao ano de 2012.

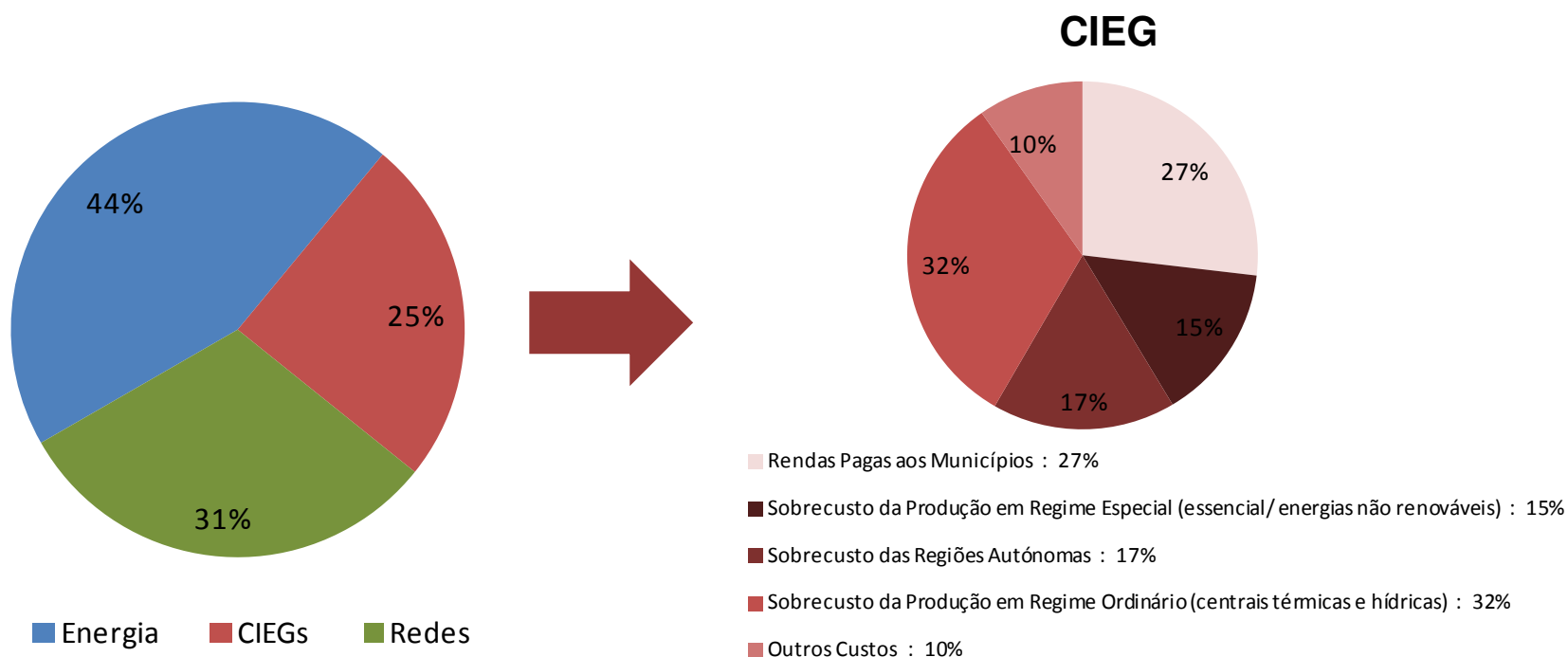
O quadro seguinte sintetiza o montante de ajustamentos referentes a 2011 e 2012.

ANEXO II

"COMPOSIÇÃO DOS PREÇOS DE ELECTRICIDADE PARA 2013", ENTIDADE REGULADORA DOS
SERVIÇOS ENERGÉTICOS, SLIDE 7, FEVEREIRO 2013.

2.1 ESTRUTURA DOS PREÇOS DE ELETRICIDADE EM BTN > 20,7 kVA

Os preços pagos pelos consumidores em BTN com potência contratada superior a 20,7 kVA apresentam a seguinte desagregação, evidenciando-se a composição dos CIEG:



NOTA:

- A componente de Energia inclui os custos de comercialização
- A componente de Redes inclui os custos da gestão global do sistema

Os CIEG representam 25% dos preços pagos pelos consumidores em BTN com potência contratada superior a 20,7 kVA.

ANEXO III

Exposição dos cálculos feitos para apurar o custo das PCH na factura dos consumidores

- ✓ Custo médio total da factura de electricidade de um consumidor: 25 €
- ✓ Do total dessa factura, 33% são Custos de Interesse Económico Geral (CIEG), conforme indica o slide 3 do Anexo II à presente tese. Ou seja, do total da factura de electricidade, os CIEG's representam: 8,25 €.
- ✓ Do total do custo dos CIEG's (8,25 €), 21% são custos com PRE, como demonstra o slide 3 do Anexo II *supra*. Ou seja, do total da factura de electricidade, os custos com a PRE representam: 1, 73 €.
- ✓ Do total dos custos com PRE (1,73 €), 5% são imputáveis às PCH, conforme evidencia o Anexo I acima. Ou seja, do total da factura de electricidade, os custos com as PCH representam: 0,09 € (valor arrendado por excesso),
- ✓ Consequentemente, numa factura com um custo total de 25€, os custos com as PCH representam apenas 0,36% do custo total dessa factura.